وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

كلـية الحـقوق

بن عكـنون



الضمان العشري للمهندس المعماري ومقاول البناء

مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص

فرع العقود والمسؤولية

إعداد الطالبة **تحت اشراف**

موهوبي فتيحة **د/ب.موالك**

لجنة المناقشة

الدكتور ....فيلالـــي علـــــــي ....رئيســا

الدكتور ....موالـــــك بختــــــة ....مشرفا مقــررا

الدكتور ....حامــــــــق ذهبيــــة ....عضــوا

السنة الجامعية 2007/2006

مقدمة

أمام التضخم السكاني وحاجة المواطن الملحة للسكن المتزايد الارتفاع ظهـرت بالمقابل ظاهرة كثرة تشييد المباني والسرعة في إنجازها ، الأمر الذي أثر سلبا علـى متانتها واحترام المهندسين والمقاولين لقوانين البناء والتعمير ممـا يفسـر تقصـيرهم وإهمالهم في صناعة البناء رغبة منهم في تحقيق أكبر كسب ممكن ، فينتج عـن ذلـك مشاكل في مجال الإسكان والمساس بسلامة الأفراد وتعريض أموالهم وأرواحهم للعديد من المخاطر والأضرار [1] ، هذا ما جعل المشرع يتشدد في وضع التشـريعات التـي تنظم البناء والعمران ، منها القواعد المشددة للمسؤولية التي تحث القائمين بأعمال البناء على الدقة وحسن التنفيذ وفي نفس الوقـت تضـمن للمضـرورين الحصـول علـى التعويضات لجبر الأضرار الناجمة عن عيوب المباني ، ومن هنـا جـاءت القـوانين الخاصة لمسؤولية المهندس ومقاول البناء .

وقد عرفت التشريعات المختلفة منذ مدة تطوير القوانين المتعلقة بتنظيم أعمـال التشييد والبناء وكذا المسؤولية المهنية للمشيدين والمعماريين عن الأضرار التي قد تنجم من جراءها ، نظرا لكثرة الحوادث المترتبة عن تهدم الأبنية وما تسببه مـن خسـائر مادية و بشرية .

ويمكن القول أنه توجد قوانين وقائية تمنع أو تجنب وقوع مثل هـذه الحـوادث بوضع أحكام تحدد فيها التزامات المعماريين بما فيها الرقابة الفنية علـى مشـروعات البناء قبل وأثناء تنفيذها للتأكد من الالتزام بقواعد المهنة وأصول الفن [2] .

---

(1) راجع في هذا المفهوم ، د . منصور محمد حسين ، المسؤولية المعمارية عن حوادث و إنهيار المبـاني أثنـاء وبعد التشييد ،منشأة المعارف للكتب القانونية، الإسكندرية، صفحة 3 .

(2) راجع،د.محمد ناجي ياقوت،مسؤولية المعماريين،منشأة المعارف للكتب القانونية،الإسكندرية،طبعة 1984 ص3.
« هذه الرقابة الفنية نظمها القانون الفرنسي رقم 12/78 في يناير 1978 في المادة 8 منه وما بعدها ، وجعل تـدخل المراقب الفني إجباري بالنسبة للأعمال الإنشائية الكبيرة،وجعله مسؤول في حدود مهمته المكلف بها من رب العمل »
- أما المشرع الجزائري لم يعرف نظام يتعلق بالرقابة الفنية في مختلف مراحل التنفيذ ، إلا أنه ممكن إعتبار نظـام التأمين الإجباري من المسؤولية المدنية للمهـندس والمقاول بمقتـضى قانـون رقـم 80-07 المـؤرخ فـي 1980/08/09المتضمن قانون التأمين،المعدل بالأمر95-07 ثم بالقانون06-04 المؤرخ في 2006/02/20 ،المتعلق بالتأمينات،جريدة رسمية عدد 15سنة 2006، المراد منه الأخذ بنظام الرقابة الفنية على الأقل للحد من نسبة احتمال تحقق الخطر المؤمن منه أو عدم تفاقمه إذا وقع .

وتوجد قوانين أخرى إصلاحية تلزم كل مهندس أو مقاول خالف قواعد وأصول البناء إصلاح الأضرار الناجمة عنها ولو وقـع بعـد إتمـام العمـل وتسـلمه مـن رب العمل.

إن القواعد المتعلقة بالمسؤولية المهنية عن عيوب البناء في تشريعنا الجزائـري أصبحت لا تساير مقتضيات العصر الحالي خاصة بالمقارنة مع ما استجد من قواعـد في فرنسا وغيرها من الدول الأخرى ، لأهمية عنصر المباني وما قـد يترتـب عـن تنظيمها من حماية للأرواح و الأموال من خطر الأضرار التي قد تسببها حوادث سقوط المباني وتهدمها ،(وبالمناسبة ما هو تقصير القانون الجزائـري الـلازم معالجتـه أو التغلب عليه خاصة على ضوء التجربة الفرنسية)؟.

فنظرا لأهمية الموضوع لم يكتـف المشـرع الجزائـري كبقيـة التشـريعات الأخرى بإخضـاع مسـؤولية المهنـدس المعمـاري والمقـاول فـي هـذا المجـال المهنـي للقواعـد العامـة مـن مسـؤولية عقديـة و تقصـيرية ، بـل أخضـع مسؤوليتهما لقواعد أخرى خاصة بهما وحدهما طبقا للمواد 549 إلى 570 من القانون المدني الجزائري ووفقا لشروط خاصة .

فهما يخضعان بحكم ارتباط كل منهما مع رب العمل بعقد المقاولـة ، للأحكـام العامة في المسؤولية العقدية في حالة إخلال أي منهما بالتزام عقدي أو أكثر سواء بدر منه قبل البدء في تنفيذ العمل أو أثناء هذا التنفيذ أو بعد الانتهاء منه متى كانت العلاقة العقدية بينهما لا تزال قائمة.

ويخضع خارج الرابطة العقدية التي تربط كلا منهما برب العمل للقواعد العامة في المسؤولية التقصيرية إذا توفرت أركانها وشروط تطبيقها بمقتضى المادة 124 من القانون المدني الجزائري وما بعدها في القسم المخصـص للمسـؤولية عـن الأفعـال الشخصية ، كما لو كان خطأ أي منهما قد ترتب عليه ضرر لرب العمل خارج نطاق العقد كالضرر الجسماني الذي يصيبه أثناء زيارته موقع العمـل مثلا ، (والذي يكون

أساسه خطأ من المهندس أو المقاول في الإشراف على موقع العمـل أو مراقبتـه) أو يترتب عن خطأ أحدهما ضررا للغير الأجنبي عن عقد المقاولة المبرم بين أي منهمـا برب العمل كالجيران أو بإلحاق ضرر لأي منهما، باعتبار كلا منهمـا أجنبـي عـن الآخر لإنعدام الرابطة العقدية بينهما .

وزيادة على اخضاع كل من المهندس والمقاول لأحكام المسؤولية طبقا للقواعـد العامة جعلهما المشرع يخضعان بالتضامن لنوع خاص مـن المسـؤولية أو الضـمان ضمن أحكام المواد المذكورة في القانون المدني الجزائري والتي وضـعت خصيصـا لأجلهما ، لكن الإشكال الذي يطرح نفسه متى نكون بصدد تطبيق أحكـام المسـؤولية طبقا للقواعد العامة ومتى نكون بصدد تطبيق أحكام المسؤولية الخاصة ، وهل يمكـن الجمع أو الخيرة بينهما ؟ فنلاحظ إزدواج في التشريع للمسـؤولية المدنيـة للمهنـدس والمقاول، وأمام هذا الإزدواج في تنظيم مسؤوليتهما كان لابد من تحديد نطاق تطبيـق كل نوع من أنواع المسؤولية ، لخصوصية المسؤولية الخاصة والنتائج التي قد تترتب على الأخذ بأحد السلوكين .

هذا الأمر الذي بقي غير واضح كون الدراسات الفقهية اهتمت أكثر بأحكام هذه المسؤولية الخاصة عوض نطاق تطبيقها وهو الأهم نظرا لإمكانية وجود مجال تطبيق المسؤولية خارج حدود هذه المسؤولية الخاصة وهنا اختلفت الآراء حول مدى إمكانيـة تطبيق أحكام القواعد العامة بعد التسليم ، وأما هذا الاختلاف في الآراء اخـتلاف فـي الحكمة من المسؤولية الخاصة :

فالرأي الأول : يبرر الحكمة من وجود المسؤولية الخاصة هي رعايـة مصـالح المهندسين والمقاولين تجنبهم من إمكانية الرجوع عليهم خلال مدد طويلة بعـد تسـلم العمل حفاظا وتشجيعا على أعمال البناء المعماري ، أين تكون المسـؤولية الخاصـة السبيل الوحيد لمساءلة المهندس أو المقاول عن الأضرار التي تترتب عن عيوب البناء بعد التسليم ، وإذا تخلف أحد شروط هذه المسؤولية الخاصة لا تقوم مسؤوليتهما .

أما الرأي الثاني : يرى عكس ذلك بحيث أن الحكمة من المسؤولية الخاصة هي حماية خاصة لأرباب الأعمال وملاك المباني لخطورة هذا النوع من المقاولات عن غيرها ، ولتعذر كشف عيوب البناء أو معرفة ما قد ينتج عنها مستقبلا لصعوبة إثبات توافر أركان المسؤولية المدنية بعد مضي مدة طويلة ، مما قد يعرض حق المضرور في التعويض للضياع ، ومنه لا تستغرق المسؤولية الخاصة كل حالات المسؤولية بل تشددها لدفع المهندس والمقاول لبذل كل عناية ممكنة .

فيرى أنصار هذا الرأي أن تخلف أحد شروط الضمان الخاص لا يعني حرمان رب العمل أو الغير المضرور في حقه في الرجوع بمقتضى القواعد العامة للمسؤولية المدنية .

كما لم يصدر أي تشريع يوضح مدى إمكانية خضوع المعماريين لمسؤولية القواعد العامة بعد إتمام العمل وتسلمه ، لهذا لابد من استنباط ذلك من خلال التطبيقات القضائية وتعليقات الفقهاء عليها .

وعند تطلعنا لهذه القوانين الخاصة بالمسؤولية طبقا للمواد 549 إلى 570 ق.م.ج نلاحظ أنها أنشأت نوع خاص من المسؤولية العقدية لمصلحة رب العمل في مواجهة المهندس والمقاول المرتبط معه بعلاقة عقدية بتوافر شروط خاصة وخارج هذه الشروط تخضع هذه المسؤولية للقواعد العامة للمسؤولية العقدية .

والحقيقة أنه من الصعب تحديد مناط المسؤولية والمسؤول عن العيب الذي نجم عنه الضرر لأسباب عدة منها ، تداخل عناصر العمل المعماري المتمثلة في : المادة الأولية، المهندس المصمم ، المقاول المنفذ،المهندس المشرف،المقاولون من الباطن [1]، ولتعدد مراحل البناء في حد ذاته ، إذ نجد مرحلة بداية التنفيذ ومرحلة ما بعد الإنجاز و التسليم أين يدخل البناء حيز الاستعمال واختبار صلابته ومتانته ، فقد تظهر العيوب الخفية مع مرور الزمن لم يكن باستطاعة رب العمل تبينها.

---

(1) د . منصور محمد حسين ، المرجع السابق ، ص 4 .

عند التسليم ، إلا أن القانون ألقى على عاتق المهندس والمقاول ضمان سلامة البناء لمدة 10 سنوات ، وتثور مسؤوليتهما في مواجهة رب العمل عن كل ما يحدث من تهدم أوعيوب تهدد متانة البناء وسلامته خلال هذه المدة [1].

وفي كل مرحلة تحدد نوع من المسؤولية ، لهذا ستقتصر دراستي على مسؤولية كل من المهندس والمقاول في مرحلة بعد التسليم أو ما يعرف بالضمان العشري .

وعلى هذا الأساس فإن الموضوع مهم لكن بحثه صعب ، ويرجع ذلك إلى قلة المراجع المتخصصة في هذا المجال لاسيما في القانون الجزائري ، لكن ورغم ذلك فإني قد حرصت على جلب أكبر عدد ممكن من المراجع سواء العامة أو الخاصة . أما المنهج المتبع في هذه الدراسة هو المنهج التحليلي الاستقرائي .

بينما الإشكالية المطروحة فتتمثل في – ما هو نطاق تطبيق الضمان الخاص أو العشري المقررة في المادة 554 ق.م.ج وما بعدها، و ماهي طبيعته وأساسه القانوني؟ وما مدى إمكانية تطبيق أحكام القواعد العامة للمسؤولية المدنية في حالة تخلف أحد شروط هذا الضمان الخاص ؟ .

ولدراستنا لهذا الموضوع ارتأينا تقسيم هذا البحث إلى فصلين أساسيين هما :

الفصل الأول : نتطرق فيه إلى نطاق تطبيق الضمان العشري طبقا للمادة 554 ق.م.ج ويكون ذلك من خلال ثلاث مباحث .

المبحث الأول : تحديد نطاق الضمان من حيث الأطراف .

المبحث الثاني : من حيث محل الضمان .

المبحث الثالث : من حيث مدة الضمان .

أما الفصل الثاني : نخصصه لتحديد الطبيعة القانونية للضمان العشري وعلاقته بالقواعد العامة ، ويكون ذلك من خلال مبحثين .

المبحث الأول : تحديد الطبيعة القانونية للضمان العشري وخصائصه .

المبحث الثاني : القواعد العامة والضمان المعماري ونظامه القانوني .

---

(1) د . منصور محمد حسين ، المرجع السابق ، ص 5 .

الفصل الأول
نطاق تطبيق الضمان العشري

الفصل الأول

نطاق تطبيق الضمان العشري

تمهيد : يرتبط المقاول أو المهندس مع رب العمل بعقد مقاولة ، يتعهد بمقتضاه الطرف الأول بإنجاز البناء أو جزء منه مقابل أجر يتعهد به الطرف الثاني ، ويترتـب عن هذا العقد أن تنشأ التزامات متقابلة بين أطرافه .

فيتحمل الطرف الأول في العقد (المقاول أو المهندس) التزامات محـددة متفـق عليها بموجب العقد ، مما يؤدي تخلف أحدهما للمساءلة العقدية إتجـاه رب العمـل ، كإتمام البناء في الوقت المتفق عليه و وفق شروط ومواصفات محددة [1]، وطبيعة هذا الإلتزام تحقيق نتيجة ، وإلا جاز لرب العمل الدفع بعدم تنفيذ الالتزامـات أو المطالبـة بفسخ العقد ، أو التنفيذ العيني إن كان ممكنا أو بالتعويض بحسب الأحوال وعـادة مـا يكون تقدير الإخلال بهذا الالتزام عند تسلم البناء بغض النظر عن الإخلال بـه أثنـاء سير العمل ،أين يجوز لرب العمل المطالبة بفسخ العقد أو أن يعهد إنجازه لمقاول أخر على نفقة المقاول الأول طبقا للمادة 180 ق.م.ج [2].

و ستقتصر دراستنا في تحديد نطاق تطبيق الضمان العشري أو الخاص ، وكما تدل عليه التسمية كل ما قد يحدث من أضرار أوعيوب تكتشف بالبناء بعد التسليم مـع تحديد الأطراف المسؤولة عن ذلك أي أشخاص الضمان الخاص بغض النظر عن مـا يتحملونه من مسؤولية أثناء فترة التنفيذ أو عند التسليم .

فقد إهتم المشرع كثيرا بهذه المرحلة في عقد مقاولة البناء بالتحديد ، فنظم أحكام خاصة شدد فيها الضمان نظرا لخطورة العيوب التي قد توجد بالمباني وما قد يتبع ذلك من تهدم أو تصدع يترتب عليه إصابة رب العمل أو الغير ، خاصة وأنهـا عيـوب لا تظهر إلا بعد مرور فترة من الزمن ويصـعب اكتشافـها من قـبل رب العمل عـند

---

(1) ملاحظة : إذا لم تكن هناك شروط وجب إتباع العرف وأصول الصناعة والفن في مجـال البنـاء، د.منصـور محمد حسين، المرجع السابق ، ص 35 .

(2) د. عبد الرزاق السنهوري ،الوسيط في شرح القانون المدني (العقود الواردة على عمل) الجـزء 7 فـي عقـد المقاولة ،دار النهضة العربية، بيروت ،سنة 1964 ص 79 .

التسليم[1]. وقد نظم المشرع الجزائري هذه المسؤولية الخاصة أو الضـمان العشري بعد تسليم العمل في المواد 554 وما بعدها من القانون المدني .

والتي تتعلق بضـمان المهنـدس المعـماري والمقاول لتهدم المباني والمنشآت الثابـتة الأخرى و ما قد يوجد بها من عـيوب تهدد سلامـتها وصلابتها ، ولما حدد النص لهذا الضمان فترة زمنية معينة تتمثل في عشر سنوات ، فضلنا التسـمية التـي توضح خصوصية هذا الضمان عن غيره بالضمان العشري .

وإقتبست هذه المادة من القانون المدني الفرنسي في صياغته الأصلية لسنة 1804 في مادتين 1792 و 2270 و التي لم ينقلها حرفيا ثم عدلت مسؤولية المهندس المعمـاري والمقاول عن عيوب البناء بعد تسلم العمل المنصوص عليهما في هـاتين المـادتين – لتوفير حماية أكثر فعالية لأرباب العمل ضد المخاطر المتمثلة في عيوب البناء – على فترتين متتاليتين ، الأولى بموجب القانون رقم 67–03 الصادر فـي 1967/01/03 (2) والثانية بموجب قانون رقم 68 – 12 الصادر في 1978/01/04 (3)

ولدراسة هذا الضمان العشري وخصوصياته التي تقع على عـاتق كـل مـن المهندس المعماري والمقاول على سبيل التضامن حسب نص المادة 554 فقرة الأولـى الذي تحكمه قواعد استثنائية خاصة به تختلف عن القواعد التي تحكم المسؤولية بوجـه عام (4)، ويكون ذلك من خلال تحديد نطاق أحكام المسـؤولية الخاصـة أو الضـمان العشري للمهندس المعماري و مقاول البناء ، وهذا النطاق يتحدد من خـلال وجهـين مختلفين ومتكاملين هما النطاق الشخصي أي أطراف الضمان العشـري ، و النطـاق الموضوعي للضمان العشري أي مضمونه أو محله ، ولاسيما من حيث مدته ، وذلـك حتى لا نضطر للتوسع في تفسير القواعد الخاصة قد نخرج عن النطاق الذي حـدده لها المشرع تحقيقا للهدف الذي وضعت من أجله ، لهذا نخصص مبحث لدراسـة كـل ناحية من النواحي التي يتحدد بها هذا النطاق .

---

(1) د. منصور محمد حسين ، المسؤولية المعمارية ، ص 38 .

(2) و (3) د. محمد ناجي ياقوت المرجع السابق ص 17، 18، 19 ،20،21.

(4) د.عبد الرزاق ياسين حسين،المسؤولية الخاصة بالمهندس المعماري ومقاول البناء، شروطها-نطاق تطبيقهـا-الضـمانات المسـتحدثة فيهـا(دراسـة مقارنـة فـي القـانون المصـري)،الطبعـة الأولـى سـنة 1987، ص 405 .

المبحث الأول
من حيث الأطراف

لم يترك المشرع التزام المهندس المعماري ومقاول البناء خاضعا للأحكام العامة في الضمان التي تسري على كل عقود المقاولات مهما كانت طبيعة العمل الذي ترد عليه بل وضع أحكاما خاصة لهذا الضمان، شدد فيها مسؤولية المهندس والمقاول وذلك نظرا لما قد يترتب على تهدم المباني من أضرار جسيمة تصيب الأرواح و الأموال، ولا شك أن لهذا الضمان الخاص نطاق محدد يقتصر على جماعة معينة من الأشخاص، لارتباط الضمان بوجود عقد مقاولة يرد على البناء أو المنشآت الثابتة الأخرى ، فمن الوهلة الأولى أو الأصل نقول أن أطراف هذا العقد هم أطراف هذا الضمان ، من جهة رب العمل الذي يمثل الأشخاص المستفيدين من الضمان أو صاحب الحق فيه ، ومن جهة ثانية المهندس أو المقاول الذي يمثل الأشخاص المسؤولين باعتبارهم الملتزمون بالضمان .

لكن الحقيقة أنه لا تقتصر أحكام هذا الضمان على أطرف العقد فحسب بل تمتد إلى الغير ، وذلك لحث المهندس والمقاول على بذل كل عناية وجهد واتخاذ كل الاحتياطات اللازمة والممكنة، لتكون المباني والمنشآت التي يقيمانها متينة وسليمة لا يخشى منها على رب العمل ، ولا على الغير ، خاصة أن رب العمل غالبا ما يكون جاهلا لفن البناء ، وبالتالي لا يستطيع اكتشاف ما به من عيوب خفية وقت تسلمه ، ذلك لأن أثرها لا يظهر إلا بإستعمال البناء فترة من الزمن [1]، فمن هو هذا الغير عن أطراف العقد الملزم بالضمان العشري .

ولهذا فإن دراسة نطاق الضمان العشري من حيث الأشخاص أو أطرافه تتوزع على مطلبين هما : المطلب الأول نتناول فيه صاحب الحق في الضمان (أو الطرف المستفيد من الضمان) و في المطلب الثاني الملتزم بالضمان (أو المسؤول بالضمان) مع تحديد الغير أو الأجنبي عن التعاقد الملزم أيضا بالضمان :

---

(1) د . ثروت أنيس الأسيوطي ، مسؤولية المهندس المعماري ، ص 8 .

المطلب الأول

الملتزم بالضمان

يعتبر الالتزام بالضمان أحد الالتزامات التي تقع على المقاول و المهندس بعد إنجاز العمل وتسلمه مقبولا من رب العمل ، ومنه تطبق أو تنحصر قواعد وأحكام هذا الضمان على كل من يرتبط مع رب العمل بعقد مقاولة وهما المهندس المعماري ومقاول البناء طبقا للمادة 554 ق.م.ج وتكون المسؤولية بينهما بالتضامن ، لكن هل يصل تطبيق قواعد هذا الضمان على أشخاص لا تربطهم علاقة تعاقدية مع رب العمل وإلى أي مدى يتوسع مفهوم المهندس المعماري ومقاول البناء ليدخل في دائرة الالتزام بالضمان ؟.

بمعنى من هو المهندس المعماري والمقاول اللذان اعتبرهما القانون المدني دون غيرهما مسؤولان بالتضامن ، عما يحدث من تهدم في البناء أو ظهور العيب فيه ، فما دور كل منهما فيه ، وهل اقتصر التطبيق فعلا عليهما دون غيرهما ، أم امتد خارج حدود هما متعديا إلى ذلك الغير ؟ هذا ما نتناوله في الفرع الأول من خلال تعدد الملتزمين بالضمان ،ثم نتناول التضامن في المسؤولية وتوزيعها على هؤلاء الملتزمين.

الفرع الأول : تعدد الملتزمين بالضمان :

الأصل أنه طبقا للمادة 554 ق.م.ج تلقي عبء الضمان العشري على المهندس المعماري والمقاول فقط ، و تكون المسؤولية بينهما بالتضامن ، دون غيرهما من الأشخاص الآخرين الذين قد يشاركون بعمل ما في عمليات التشييد والبناء.

لكن نظرا لكثرة العمليات المعمارية وتعقدها لتزايد عدد المشتركين فيها و لتنوع التخصصات مما ينجر على ذلك صعوبة تحديد المسؤولية ، فكان لابد من اتساع دائرة الضمان لتشمل كل من يرتبط مع المالك بعقد مقاولة أو بيع أو توريد للإشتراك في عملية البناء (وهذا ما استجاب إليه التشريع الفرنسي) [1].

فالنشاط المعماري لم يعد يقتصر على المهندس المعماري والمقاول ولم تعد عملية البناء تقتصر على فرد أو أفراد معينين بل يساهم فيها أكثر من فرد أو جهة كل بحسب تخصصه ودائرة عمله .

---

(1) د. منصور محمد حسين ، ص 43

وهذا ما نأمل أن تصل إلى تحديده المادة 554 ق.م.ج ، لما لهذا التوسـع مـن تدعيم الضمان المعماري ، وانتظارا لهذا التعديل نحاول تحديد الملتـزمين بالضـمان حسب ما تقضي به المادة أي مفهوم المهندس المعماري والمقاول وإلى أي مدى يتسـع نطاقهما.

1ـ المهندس المعماري :

من المتفق عليه أنه كل من يرتبط مع المالك بعقد مقاولة للقيام بعمل المهنـدس المعماري أو المقاول بخصوص منشآت ثابتة يلتزم بالضمان .

ويكفي القيام بمهمة المهندس المعماري أو المقاول ولا يشترط مؤهلات علمية أو انتساب الشخص إلى المهنة أو القيد بالنقابة ، ومن ثم يلتزم بالضمان المقـاول الـذي يضع التصميم ويقوم بتنفيذه ولو لم يحمل أي مؤهل ، وكذلك الحال بالنسبة للمهنـدس الميكانيكي أو الكميائي الذي يقوم بعمل المهندس المعماري [1] ، لهذا سنتناول على حدى مفهوم كل من المهندس المعماري ومقاول البناء.

أ ـ النظام القانوني لمهنة المهندس المعماري :

قبل التطرق إلى مفهوم المهـندس المعماري لا بد من الإشارة إلى مصـ ـطلح << المهـندس >> الذي قد يقصد به المهـندس المعـماري أو المـهندس الإنـشائي أو المصمم ...الخ من التخصصات الهندسية المختلفة المتعلقة بالبـناء ، وفي صـدد

---

(1) د.عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص 109 .

د.محمد لبيب شنب ،شرح أحكام المقاولة، دار النهضة العربية ،القاهرة، سنة 1962 ، بند 105،ص 122 .

د.العطار توفيق عبد الناصر،تشريعات تنظيم المباني و مسؤولية المهندس و المقاول،مطبعـة السـعادة، طبعـة 1972 بند 52 ، ص 122 .

في شأن تطبيق أحكام المادة 554 ق.م.ج والالتزام بالضمان العشري المنصوص عليـه فيهـا ، فـلا عبـرة بالحصول على مؤهل دارسي فني في هندسة المعمار ، بل يكفي لتطبيق أحكام المسؤولية الخاصـة ، المنصـوص عليها في هذه المادة ، وما يقابلها من القانون المدني الفرنسي ، قيام الشخص بمهام المهندس المعماري ، من وضع التصميم والرسومات وتعيين الأبعاد والنسب مما يدخل في المهمة الأصلية للمهندس المعماري . ذلك أن العبرة فـي تطبيق أحكام هذه المسؤولية الخاصة ليست بتوافر الصفة القانونية للمهندس المعماري في الشـخص بـل بطبيعـة الأعمال التي يقوم بها هذا الشخص .

وهذا ما لا يجب خلطه مع شرط الحصول على شهادة عليا في الهندسة المعمارية ، فهذا يعد من باب التنظـيم المهني وحتى يسمح للفرد بحمل لقب << مهندس معماري >>.

الإشراف على التنفيذ استخدم مصطلح مهندسين موصوفا بالإشراف على التنفيذ .

وقد استخدم هذا المصطلح بمعناه اللغوي بمعنى أنه يقصد به مختلف المهندسين المساهمين في عملية التشييد - وهذا ما سبق الإشارة إليه آنفا [1] - والشائع هو إطـلاق اصطلاح المهندس المعماري على المهندس المصمم المنفذ أو المشرف على التنفيـذ أو المهندس الإنشائي ، فيشمل اصطلاح المهندس المعماري كافة تلك التخصصات .

غير أن المفروض أن مهنة الهندسة المعمارية مختلفة التخصصات ، وهذا مـا يحدد مسؤولية كل مهندس بحسب تخصصه في حالة إخلاله بإحدى الالتزامـات التـي يجب عليه إتباعها وفق قواعد مهنته ،إلا إذا مارس عملا ليس داخلا فـي اختصاصـه و أخطأ في قواعده الفنية فيسأل عن خطأه الشخصي [2] .

ج / 1 ـ تعريف المهندس طبقا لأحكام القانون المصري :

لقد عرفت لائحة مزاولة الهندسة المعمارية في مصر المهندس بأنـه الشـخص المتميز بقدرته على التخطيط والتصميم المعماري والتطبيق الابتكاري ، والتنفيذ ، وله إلمام تام بفن البناء ، حسب ظروف البيئة ومقتضياتها ،ويسهم في التعمير والتشييد في نطاق التخطيط العام ، ويتمتع بالحماية القانونية التي تتطلبها مهنته ويشترط أن يكـون حاصل على مستوى الدراسات العليا في الهندسة المعمارية أو ما يعادلها من المؤهلات الهندسية المعترف بها بقانون نقابة المهندسين،وأن يكون عضوا بنقابة المهندسين[3].

فيمكن تعريف مهندس البناء بأنه : << الشـخص المتخصـص فـي هندسـة البناء ، والقادر على إعداد الرسومات والتصميمات الهندسية ، والإشراف على تنفيذها، صاحب المهنة الحرة التي يتمتع بالحماية القانونية لها >> [4].

(1) أنظر في ذلك ، د.محمد شكري سرور،مسؤولية مهندسي و مقاولي البناء و المنشآت الثابتة الأخرى،دارالفكر العربي الحديث، طبعة1985 ،ص5 "الذي يبين أن للمهندس المعماري معنيين:(معنى فني ومعنى لغوي)"

المعنى الفني : ينحصر فقط في خريجي قسم العمارة الذين يقتصر دورهم في عملية البناء علـى وضـع التصـميم المعماري أو الرسم الهندسي للمبنى .

المعنى اللغوي : المهندسين المدنيين الذين يساهمون في عملية التشييد ، سواء بوضع الإنشائية للمبنى أو بالإشـراف على تنفيذه . لهذا نحن نقصد بلفظ المهندس المعماري معناه الشمولي السابق الذكر .

(2) د. هدى حامد قشقوش ، المسؤوليـة الجنائية للمهندس والمقاول عن عدم مراعاة الأصول الفنية في البنـاء ، دار النهضة العربية،سنة 1994 ،ص 16 و 17.

(3) د. ياسين عبد الرزاق حسين،المرجع السابق،ص 413 و.د.محمد ناجي ياقوت،المرجع السابق،ص 33 و 34 .

(4) د . هدى حامد قشقوش ، المرجع السابق ، ص 19 .

وذلك بصرف النظر عن ارتباطه برب العمل أو المقاول أو عدم ارتباطه فالعبرة بجوهر مهنته وطبيعتها ، ومهندس المباني أيا كان تخصصه يدخل في نطاق هذا التعريف.

وقد عرفه الدكتور السنهوري بأنه << هو الذي يعهد إليه في وضع التصميمات والرسوم والنماذج لإقامة المنشآت ، وقد يعهد إليه بإدارة العمل والإشراف على تنفيذه ومراجعة حسابات المقاول والتصديق عليها وصرف المبالغ المستحقة إليه >> [1] .

كما عرفه الدكتور محمد لبيب شنب أنه << الشخص المكلف من قبل رب العمل بإعداد الرسوم والتصميمات اللازمة لإقامة المباني أو المنشآت الأخرى ، والإشراف على تنفيذها بواسطة مقاول البناء >> [2] .

أ / 2 ـ تعريف المهندسين في ظل أحكام القانون الفرنسي :

نص المشرع المدني الفرنسي في المادة 1792 قواعد لمسؤولية المشيدين -La Responsabilité des constructeurs- ، والقانون الجنائي الفرنسي الذي جرم في المادة 59 من القانون الصادر في 07 أغسطس 1957 ، والمتعلق بتحريم مخالفة أحكام عقود التشييد ، ويعتبر المهندس هو أحد هؤلاء المشاركين في عملية التشييد - L'Architecte - باعتباره مشيد - constructeurs - ، فماذا يقصد بتعبير مهندس في هذا النطاق ؟.

ومنه التعبير الفرنسي لكلمة – Architecte– هي كلمة إغريقية أساسا يعبر عنها بلفظ – Arkhitekton – وهي تتكون من لفظين ، الأول " -Arkhi– " ويعني الهيمنة والرفعة بمعنى سيد أو رب ،والثاني "le kton " ويعني العامل[3].

وقد عرف في قاموس الأكاديمية الفرنسية بأنه :

<< L'artiste qui compose les édifices , en détermine les proportions , les distributions , les decorations , les fait executer sous ses ordres et du regles les dépenses >>.

---

(1) د . عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، الجزء 7 /1 ، بند 62 ، ص 109 .

(2) د . محمد لبيب شنب ، المرجع السابق، ص 92 .

(3) د . هدى حامد قشقوش ، المرجع السابق ، ص20 .

عن قاموس روبير الفرنسي ، الجزء 1 ، 1981 (اصطلاح Architecte). و د. ياسين عبد الرزاق حسين، المرجع السابق ، ص 412 .

أي الفني الذي يقوم بتصميم المباني بتحديد النسب والأبعـاد المختلفـة بهـا وكـذلك الديكورات وتنفيذها تحت إشرافه .

والمهندس المشيد Le constructeur هو الذي يقوم بعملية التشييد عن طريق عقد البناء .

وتتجه التشريعات المقارنة إلى الإعتداد بالقول بأن اصطلاح " مشيدي البنـاء " اصطلاح واسع يضم في طياته لفظ المهندس المصـمم والمنفـذ والمقـاول والفنيـين المسؤولين عن التركيبات الصحية الكهربائية ومتخصص الديكور أكثر من ذلك ، كـل شخص يأخذ دورا فنيا أيا كانت طبيعته وتسميته في النشاط المتعلق بالتشييد .

<< Toute personne qui prend un rôle technique , quelque soit sa nature ou sa denomination d'activité de construction >> [1] .

إن لفظ المعماري يعد ترجمة للكلمة الفرنسية - Architecte - وهي تعني طبقـا لتعريف قانون الواجبات المهنية بفرنسا : المهني الذي يعهد إليـه بوضـع التصـميم والرسوم والنماذج لإقامة المنشئات وصيانتها وتزيينها والإشراف على حسن تنفيذها .

فهو فنان Artiste يضع التصميم،وفني Technicien يشرف على حسن تنفيذه بل ويمكن أن يمتد دوره إلى القيام بالجانب المالي والإداري للمشروع كمراجعة حسابات المقاول والتصديق عليها وصـرف المبـالغ المسـتحقة إليـه والقيـام بـالإجراءات الإدارية،وهو يشرف وينسق بين كل جوانب العملية ويساعد المالك فـي التأكـد مـن سلامـة البناء عند تسلمـه من المقاول لذلك يقع على عاتقـه دور النصـح RÔle de conseil [2] .

ويخلص من هذه التعريفات أن المهندس المعماري يتميـز عـن غيـره مـن الأشخاص الآخرين الذين يشاركون في أعمال البناء بدوره ذي الطابع الذهني الخالص وبأن تدخله في عملية البناء يكون لحساب المالك ، وأنه يجمع بين صفة الفنان والفنـي ويمارس مهنة حرة غير تجارية ، وأن مهمته يغلب عليها العنصر الفكري ، سواء فيما

---

(1) د. هدى حامد قشقوش ، المرجع السابق ، ص21 .

(2) د. منصور محمد حسين، المرجع السابق، ص 46 .و كذلك د.محمد ناجي ياقوت، المرجع السابق ، ص 33 .

يتعلق بالتصميم أو بالإدارة أو بالإشراف على التنفيذ ، وأنـه يحمـل مـؤهلا علميـا متخصصا في الهندسة المعمارية ، وأنه يكون عضوا بنقابة المهندسين ، وأنـه يـؤدي دوره عن طريق الارتباط مع رب العمل بعقد المقاولة [1] .

ج / 3 ـ تعريف المهندس المعماري طبقا للقانون المدني الجزائري :

لقد إستخدم المرسوم التشريعي رقم 94-07 المؤرخ في 18 مايو 1994 المتعلـق بشروط الإنتاج المعماري وممارسة مهنة المهندس المعماري ،المعدل بقـانون 04-06 المؤرخ في 14أوت 2004 ،المتضمن إلغاء بعض أحكام هذا المرسوم التشريعي"المواد من 50 إلى 54" والذي ينظم مهنة الهندسة المعمارية و المسؤولية المدنيـة للمهنـدس والمقاول ، مصطلـــح " المهندس المعماري " ، كمـا إسـتخدم القـانون المـدني الجزائري نفس المصطلح من خلال المواد 549 إلى 570 في الباب التاسـع المعنـون بالعقود الواردة على العمل من خلال فصله الأول : " عقد المقاولة " .

ونستخلص من القرارات الوزارية [2]، أن المهندس المعماري يقصد به كل مـن أتخذ لنفسه هذا الدور ، فهو :

ـ كل شخص طبيعي معتمد [3] .

ـ كل شركة مدنية مهنية متكونة من 2 أو أكثر من المهندسين المعتمدين .

ـ كل مكتب دراسات عمومي مختص في الهندسة المعمارية .

ـ كل مكتب دراسات خاص مستخدم مهندسين دائمين ومعتمدين .

ومنه لا نختلف في تعريف المهندس المعماري على أنه الشخص المكلف من قبل رب العمل ، بإعداد الرسومات والتصميمات اللازمة لإقامـة المبـاني أو المنشـئات الأخرى ، والإشراف على تنفيذها بواسطة مقاول البناء والذي يعتبر في حكـم المـادة 554 ق.م.ج مهندسا معماريا ، ويكون مسؤولا سواء كان له الحق قانونـا فـي حمـل هذا اللقب أو لم يكن له ، ذلك أن العبرة ليست بالصفة القانونـية للمهـندس المعماري

(1) د. محمد ناجي ياقوت ، المرجع السابق ، ص 34 و35 .

(2)- قرار وزاري المؤرخ في 15-05-1988 والمتضمن كيفية ممارسة ومكافأة مهنة المهندس المعماري الجريـدة الرسمية رقم 43 الصادرة في 26-10-1988 : المواد 2 و 3 .

ـ قرار وزاري المؤرخ في 05-05-1992 والمتعلق بالأشخاص المسموح لها بالقيـام بالمشـاريع الخاضـعة لرخصة البناء ، الجريدة الرسمية رقم 59 ، الصادرة في 02-08-1992: المادة الأولى والثانية .

(3) الأمر رقم 66-22 المؤرخ في 13-01-1966 المتعلق بمهنة المهندس، المعدل بـمرسوم تشريعي رقم 94-07 مؤرخ في 18 ماي سنة 1994 ، يتعلق بشروط الإنتاج المعماري وممارسة مهنة المهندس المعماري ص4.

بل بطبيعة الأعمال التي يقوم بها ، وفي حالة إشتراك عدة أشخاص في القيام بهذه المهمة كانوا جميعا مسؤولين في حدود ما قاموا به من عمل .

كما يشترط في المهندس المسؤول بالضمان العشري وفقا للمادة 554 شرطين :

الشرط الأول: ضرورة ارتباط المهندس برب العمل بعقد مقاولة وليس عقد آخر : أي أن يكون ملتزم بالقيام بوضع التصميم والإشراف على العمل في مقابل أجر ، فإن كان المهندس يقوم بالعمل دون أن يرتبط مع رب العمل بعقد ، كما لو قام به مجانا خدمة لرب العمل أو كان يقوم بالعمل بناء على عقد آخر غير المقاولة ، كما لو كان مرتبطا برب العمل بعقد عمل ، وكان يقوم بعمله تحت إشرافه وإدارته ، فإنه لا يكون مسؤولا وفقا للمادة 554 ق.م.ج ، بل تترتب مسؤوليته في الحالة الأولى وفقا للأحكام العامة في المسؤولية التقصيرية ، وفي الحالة الثانية وفقا لأحكام عقد العمل .

الشرط الثاني : ضرورة أن يكون هذا العقد بينه وبين رب العمل الأصلي ، (صاحب المشروع)[1] ويجب الملاحظة أن المهندس المكلف فقط بوضع التصميم دون أن يكلف بالرقابة على التنفيذ لا يسأل عن تهدم البناء أو عما يظهر فيه من عيوب بل يسأل فقط عن عيوب التصميم طبقا للمادة 555 ق.م.ج ، إلا إذا أثبت أن تلك العيوب ترجع إلى التصميم الذي وضعه ، ويقع عبء إثبات العيب في التصميم على عاتق رب العمل ، فإن عجز فلا يكون المهندس المعماري مسؤولا [2] .

ويبدو الأمر بسيطا في حالة إتفاق المالك أو رب العمل مع مهندس معماري واحد على إنشاء بناء له بمواصفات وبشروط معينة ، لكن الأمر يبدو أكثر تعقيدا عندما يتعاقد المالك مع أكثر من مهندس لإتمام عمليات البناء كأن يشترك في العمل مهندس استشاري ومهندس مشرف على التنفيذ أو إنشائي ، وكل من هؤلاء يعمل على استقلال في نطاق مهمته المعهودة إليه ، فهل تمتد دائرة الضمان إليهم جميعا ؟[3].

---

(1) فإن المقاولين من الباطن،والمهندسين المعماريين وغيرهم من الفنيين،الذين لم يتعاقدوا مباشرة مع رب العمل الأصلي،الذين شاركوا بدور معين في عملية البناء،لا يخضعون لمسؤولية القواعد الخاصة وذلك لتخلف هذا الشرط.

(2) د. فتيحة قرة ، أحكام عقد المقاولة ،منشأة المعارف للكتب القانونية،الإسكندرية، سنة 1992 ، ص 150 .

(3) د. منصور محمد حسين ، المرجع السابق ، ص 45 .عن د. عبد الودود يحي ، مسؤولية المهندسين والمقاولين والتأمين منها ،مجلة مصر المعاصرة ، سنة1979 ، العدد 376 ، ص 128 .

طبقا لصريح نص المادة 554 ق.م.ج ، فالضمان قاصر على المهندس المعماري لأنه يفترض أن هذا المهندس هو المسؤول عن عمل هؤلاء المهندسين .

لا يمكن التسليم بهذا الافتراض إلا إذا كان هؤلاء المهندسين يتبعون المهندس المعماري أي يعملون تحت إمارته وإشرافه أي تربطهم به عقود عمل أو عقود مقاولة من الباطن ، أما في غير ذلك فإنه يصعب القول بهذه المسؤولية وكل ما يخضعون له هو العقد الذي يربط كل منهم بالمالك وتثور مسؤوليتهم العقدية طبقا للقواعد العامة دون الخضوع لأحكام الضمان التي تقتصر فقط على المهندس المعماري .

إن لفظ المهندس المعماري طبقا للمادة 554 ق.م.ج ، بقي غامضا في تفسير مفهومه ومدى توسيع نطاقه مع أملنا في أن يأخذ القضاء لفظ المهندس المعماري بمعناه الواسع ليشمل كل المهندسين المشاركين في عملية البناء حتى يلتزمون بالضمان العشري المنصوص عليه بالمادة ، أو قد يصل أملنا إلى أبعد من ذلك في أن يصدر قوانين توسع من مفهوم المهندس المعماري لتدخل في دائرة الأشخاص المسؤولون بالضمان العشري - وهذا ما طمح إليه الأستاذ إبراهيم يوسف من خلال اقتراحه المتمثل في " اتساع دائرة المسؤولين بالضمان العشري كالهيئة الوطنية للرقابة التقنية والهيئة المكلفة بفحص الأرض ..." [1]. سائرين في ذلك مسلك المشرع الفرنسي الذي لم يكتف فقط بتوسيع تفسير عبارة المهندس المعماري في صيغته الأصلية شاملة بذلك غيره من الأشخاص الذين قد يشاركون بعمل ما في عمليات التشييد والبناء طالما كانوا مرتبطين مع رب العمل بعقد مقاولة المقننة صراحة في قانون 03 يناير 1967 ، إلا أنه خطى خطوة أوسع في قانون 04 يناير 1978 عندما مد نطاق مسؤولية القواعد الخاصة إلى أشخاص آخرين غير المهندس المعماري والمقاول وذلك بغض النظر عن مسألة ارتباطهم بعقد مقاولة مع رب العمل من عدمه [2].

ولعل أيضا هذا ما أراد أن يتوصل إليه المشرع المصري على سبيل المثال عند إصداره قانون توجيه وتنظيم أعمال البناء حيث نص على وجوب تأمين المسؤولية

---

(1) المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية والسياسية "موضوع المسؤولية العشرية"- الجزء 33 رقم 03 ، سنة 1995 ، ص 670 ، بقلم المهندس إبراهيم يوسف ، (مهندس مدني وحاصل شهادة الليسانس في العلوم القانونية ومسؤول فرع مكتب الدراسات ، .B.E.R.E.G بتلمسان).

(2) د . محمد ناجي ياقوت ، المرجع السابق ، ص 23 .

المدنية للمهندس والمقاول أين أسقط لفظ المعماري وبذلك أطلق لفظ المهندس ليشـمل كل المهندسين المشاركين في عملية البناء [1].

وهذا ما أراده المشرع الجزائري بقانون إجبارية التـأمين منـذ 1980 علـى العواقب المالية للضمان العشري ، أين أصبح رب العمل كمستفيد فـي عقـد التـأمين المبرم إجباريا بين المقاول و شركة التأمين [2].

ب ـ التزامات المهندس:

نظم المشرع الجزائري كنظيره المصري والتونسي والفرنسي أحكام عقد المقاولة مع تحديد مسؤولية المهندس المعماري والمقاول وتبيان التزامات كل طرف فـي هـذا العقد ، لهذا سنتناول دور أو التزامات المهندس المعماري وطبيعة علاقته مع كل مـن رب العمل والمقاول ومجال مسؤوليته .

ب / 1 ـ طبيعة العقد المبرم بين المهندس المعماري ورب العمل :

عرفنا أن المهندس المعماري هو الشخص الذي يضع الرسـومات والمقايسـات اللازمة لإقامة البناء ، ويشرف على تنفيذها ، فما هي طبيعـة العقـد المبـرم بـين المعماري وصاحب البناء ؟.

لما كان المهندس المعماري يرتبط بموجب عقد يبرمه مع رب العمل يتعهد فيه بتأدية عمل معين لحساب هذا الأخير و يباشره بشكل مستقل فإن العلاقة بينهمـا إنمـا تتوافر فيها كل خصائص عقد المقاولة -ومنه يكون مقاولا بالمعنى القانوني للفظ- [3].

شأنه في ذلك شأن الطبيب والمحامي ، لأنه يقوم بعمل لحساب الغير وهو محل العقد، رغم ما أخذه لفظ (المقاول) في اللغة العامية من مدلول أخـص ، ينسـب إلـى طبيعة العمل الذي يقوم به المقاول ،فيعرف بأنه الشخص الذي ينفذ ماديا البناء الـذي وضع المهندس تصميمه .

---

(1) د. منصور محمد حسين ، المرجع السابق ، ص 45 .

(2) قانون رقم 80-07 المؤرخ في 1980/08/09 ، والمتضمن قانون التأمين ، الجريدة الرسمية عدد 33، المعدل بالأمر 95-07 جريدة رسمية عدد 13 سنة 1995 و المعدل بالقانون رقم 06-04 المـؤرخ فـي 2006/02/20، جريدة رسمية عدد 15 سنة 2006 المتعلق بالتأمينات.

(3) د . محمد شكري سرور، المرجع السابق ، ص18 .

وإن كان قد يختلط هذا العقد مع عقد الوكالة ، لأن بعض الأعمال التـي يلتـزم بهـا المهندس تختلط بها ناحية النشاط الفكري كأعمال التصميم أو المقايسة ، وهذا لا يعني أنها ليست من قبيل الأعمال المادية ، فلا يصح تكييف العقد الذي يبرمه المهندس مـع رب العمل بأنه عقد وكالة مادامت هذه الأخيرة تقتصر على التصرفات القانونية .

ومع هذا كان الرأي الغالب يذهب إلى اعتبار العقـد عقـد وكالـة ، واعتبـار المعماري وكيلا مأجورا عن رب العمل ، ولكن هـذا المسـلك منتقـد عنـد بعـض الفقه [1] ، إذ يرى أن مهمة المهندسين المعماريين مهمة مادية محضة وهـي وضـع الرسومات والمقايسات اللازمة للبناء ، ثم الإشراف على تنفيذها ، وإذا كان المعماري في قيامه بهذه المهمة يعمل لحساب رب العمل ، فهو لا يمثله ولا ينوب عنه ، بل يعمل بإسمه الخاص ، ولما كان في عمله مستقلا ، لا يخضع لإشراف أو رقابة من جانـب رب العمل فإن العقد الذي يربطه بصاحب البناء لا يمكن أن يكون إلا عقد مقاولة [2].

كما تنسب كلمة مقاول على كل مهندس نظرا لطبيعة الرابطة التي تربطه برب العمل لا نظرا لطبيعة العمل الذي يقوم به كما هو الشأن للمقاول في حد ذاتـه ، كمـا جاءت أحكام عقد المقاولة في الفصل الأول من الباب التاسع المخصص بالعقود الواردة على العمل ، منفصلا عن العقود الأخرى ، وقد عرف عقد المقاولة فـي المـادة 549 ق.م.ج أنها : " عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئا أو أن يؤدي عمـلا ، مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر " .

وجعل قواعد المسؤولية عن تهدم البناء وسلامته شاملة المهندس والمقاول على سواء ، ونستنتج من هذا أن المشرع أراد تنظيم عقد المقاولة بإختلاف أعمال المقاولات وتنوعها ، ومن جهة أخرى أورد القواعد المتعلقة بالمهـندس ليعتـبر عملـــــه

---

(1) د .محمد لبيب شنب ، المرجع السابق ، ص 34 .

(2) راجع في المقارنة بين عقد الوكالة وعقد المقاولة بكثير من التفصيل ، د . فتيحة قرة ، المرجع السـابق ، ص 43 و 44 . إذ حسب رأيها أنه " يجوز الجمع في هذا العقد بين أحكام المقاولة وأحكام الوكالة معا ، لكـن عنصـر المقاولة هو الغالب فيه ، فإذا ما تعارضت الأحكام طبقت أحكام المقاولة .

والحقيقة أن تكييف العقد على أنه مقاولة أو عقد وكالة يقتضى الرجوع إلى ما أفرغه المتعاقدان فيه من عناصـر ، وما إتجهت إليه نيتهما لترتيب أحكام أي من العقدين ، وتحديد حقوق الطرفين ...".

المتمثل في التصميم والمقايسة ومراقبة التنفيذ ، من نوع الأعمال المادية للمقاولات و أن إختلاط الجانب الفكري بهذه الأعمال لا يمنع من إعتبارها أعمال مادية ، لا من قبيل التصرفات القانونية ، ومنه لا يتغير وصف العقد من مقاولة إلى وكالة مما يجب تطبيق أحكام المقاولة عليه [1] .

إن طبيعة العقد المبرم بين المهندس ورب العمل كان محل خلاف في فرنسا فكان يكفيه البعض أنه عقد وكالة نظرا لدور المهندس في إدارة الأعمال أو الإشراف عليه أو تسلم البناء أو تسوية كشوف الحساب مع المقاول ، غير أن مهمة إدارة الأعمال والإشراف عليها هي مهمة مادية بكل وضوح .

فعملية تسليم البناء من المقاول لرب العمل لا تعتبر عملية مادية محضة بل تعني إعلان إرادة بقبول العمل المنجز ، ودور المهندس يقتصر على معاونة رب العمل بتقديم الرأي الفني له ولا يمثله فيها أي ليس باسم العميل ، فرب العمل لا يطلب من المهندس أن يمثله قانونا فيها أي لا يعتبر طرف في العملية بالمعنى القانوني ، وإنما يستعين فقط بخبرته الفنية لذا اتفق الرأي الغالب إلى تكييف العقد المبرم بين المهندس ورب العمل - عقد مقاولة - وقد يمتد أمثال هذه العقود إلى الأعمال الفكرية [2].

وقد حسم هذا الخلاف قانون 03-01-1967 الفرنسي بتعديل المادة 1779 التي تعدد المظاهر الأساسية لعقد المقاولة بإضافة فقرة ثالثة تنص على عقود المهندسين المعماريين ومقاولي البناء .

لكن هذا لا يمنع من أن يمارس المهندس دور الوكيل عن رب العمل بالمعنى القانوني في بعض الأحيان شرط أن يفوض في ذلك خصيصا من قبل رب العمل وفي شأن عمل من الأعمال القانونية ، لكن دوره هنا دور إستثنائي ويخضع إثبات وكالته للقواعد العامة .

---

(1) و (2) ، د . محمد شكري سرور ، المرجع السابق ، ص 20 و21 .

فيمكن القول أن طبيعة العقد بين رب العمل والمهندس تتطلب البحث عن طبيعة وحدود المهمة المعهودة إلى المهندس من قبل رب العمل [1].

كما يعتبر العقد المبرم بين المهندس ورب العمل من العقود التـي تقـوم علـى الاعتبار الشخصي مما يؤدي لعدم جواز حلول غير المهندس محله في تنفيـذ المهـام المسندة إليه من قبل رب العمل دون إذن وموافقة هذا الأخير .

فيكون عقد المقاولة هو المرجع في تحديد حقوق والتزامات كلا أطـراف هـذا العقد ، لهذا سنتطرق لدراسات التزامات كل من المهندس و المقاول في حينه .

ب / 2 - مجال مسؤولية المهندس المعماري :

يختلف مجال مسؤولية المهندس بحسب الدور المعهود إليه ، فإذا إقتصـر دوره على وضع التصميم ، دون أن يكلف بالرقابة على التنفيذ لم يكـن مسـؤولا إلا عـن العيوب التي أتت من التصميم طبقا للمادة 555 ق.م.ج ، أي أنه لا يسأل عن العيـوب التي ترجع إلى طريقة التنفيذ .

ويعتبر المهندس مسؤولا أيضا عن العيب في الأرض ذاتها طالمـا كـان مـن الممكن كشفه وفقا لقواعد فن العمران ، فإذا إستحال كشف العيب وفقا لهذه القواعد فإن ذلك يكون في حكم القوة القاهرة ، ولا يكون المهندس مسؤولا عنه .

وإذا كانت الأعمال التي يقوم بها المهندس لا تستدعي فحـص الأرض لكشـف عيوبها ، كما في أعمال الزخرفة فإنه لا يكون مسؤولا عن عيب في الأرض أو فـي البناء الذي يقوم بزخرفته [2].

ويسأل المهندس عن الأخطاء التي تقع من المقاول في التنفيـذ إذا كـان مكلفـا بالإشراف على هذا التنفيذ ، حتى ولو لم يكن هو الذي اختار المقاول أو لو لم يكن قـد وضع التصميم إذ يكفي قبوله للإشراف .

مما يجعل مسؤوليته تثور في أغلب الأحوال إلى جانب مسؤوليـة المقـاول وحتى القضاء يعتبره في حكم الضامن لأعمال المقاول وذلك نظرا لما يقع على عاتقه

---

(1) و (2) د . محمد شكري سرور ، المرجع السابق ، ص 23 و 55 .

من إدارة Direction واشراف Surveillance ، فهو يدير العمـل ويعطـي التعليمـات اللازمة لتنفيذه طبقا للتصميمات وقواعد الفن المطلوبة ويشرف على هذا التنفيذ حتـى يتأكد من تمامه ودقته .

2- مقاول البناء :

طبقا لنص المادة 554 ق.م.ج ، لم تذكر سوى المهندس المعماري ومقاول البناء كأشخاص يمكن الرجوع عليهم بمقتضى الضمان العشري ، فبعد أن عرفنا المقصـود بالمهندس المعماري ودوره وطبيعة علاقته مع كل من رب العمل والمقـاول ومجـال مسؤوليته ، نتعرف في نقطة ثانية إلى مفهوم المقاول ودوره في عملية التشييد ، قبـل معرفة غيرهما من الأشخاص الذين يشاركون في أعمال البناء الذين قد يمكن الرجوع عليهم بهذا الضمان العشري .

أ ـ مفهوم المقـاول : يقصد بالمقاول لغـة المفـاوض ، والمقاولـة هـي المفاوضـة واصطلاحا المقاول هو الشخص الذي يعهد إليه بتشييد المباني ، بناء على ما يقدم لـه من تصميمات على أن يكون ذلك مقابل أجر ، ودون أن يخضع في ممارسـة عملـه لإشراف أو رقابة [1]، ويستوي أن تكون المواد التي أقام بها هذه المباني أو المنشآت قد أحضرها من عنده أو قدمها له رب العمل ، ففي الحالتين يلتـزم بالضـمان الخـاص بوصفه مقاولا ، كما يستوي أن يتولى مقاول واحد إقامة البنـاء أم يتعـدد المقـاولون فيقوم أحدهم بوضع الأساس وأعمال البناء وآخر بأعمال النجارة وآخر بأعمال البياض وهكذا ، فكل منهم يعتبر مقاولا في حدود الأعمال التي يقـوم بهـا ويكـون ملتزمـا بالضمان في هذه الحدود [2]، فالمقاول يعد صانعا ، وهو يؤدي عملا تجاريا ، وقد يورد المواد المستخدمة في البناء وقد يقدم الأيدي العاملة اللازمة لتنفيذ عملية البناء ، وهـو يرتبط مع رب العمل بعقد مقاولة .

كما ورد تعريف المقاول في قاموس اللغة الفرنسية بأنه الشخص الذي يقوم بأداء بعض الأعمال وخاصة المتعلقة بالبناء لحساب شخص آخر.

---

(1) د. ياسين عبد الرزاق حسين ،المرجع السابق ،ص 420 ، و، د.هدى حامد قشقوش ،المرجع السابق،ص 24 .

(2) د.معوض عبد التواب،جرائم القتل والإصابة الخطأ،عالم الكتب،الطبعة 2 ،منقحة و مزيدة،سنة 1984 ص 234 ، ود. محمد ناجي ياقوت ، المرجع السابق ، ص35 ،عن د. عبد الرزاق السنهوري،المرجع السـابق، و، د. محمـد حسين منصور،المرجع السابق، ص 47 .

« L′entrepreneur est celui qui se charge d′éffectuer certains travaux pour autrui, et particulairement, les travaux de construction » [1] .

ويقصد بعقد مقاولة أن يقوم شخص المقاول بعمل معين لحساب شـخص آخـر مقابل أجر دون أن يخضع لإشرافه أو إدارته .

ويمارس المقاول عملا ذو طبيعة تجارية ويتسم نشاطه بالطابع المادي فهو الذي يتولى تنفيذ محتوى عقد المقاولة فيعهد إليه من جانب المهندس المعماري أو رب العمل بالرسومات والتصميمات الهندسية للبناء ، ويقوم هو بالتنفيذ العملي بما يمليـه عليـه العمل من إدارة وإشراف عليه وحراسة المواد المسـتخدمة فـي البنـاء ، واكتشـاف الأخطاء التي يمكن تصور وجودها في التصميمات والرسومات ومراقبة مكان التنفيـذ لتفادي أي أضرار قد يتصور حدوثها سواء لرب العمل أو للمارة أو الجيران ...الخ .

كما عرف الدكتور لبيب شنب عقد المقاولة بأنه « عقد يقصد به أن يقوم شخص بعمل معين لحساب شـخص آخر في مـقابل أجر ودون أن يخـ ـضع لإشـرافه أو إدارته » [2].

ومنه فالمقاول هو من يتعهد بالإتفاق مع المالك لقاء أجر معين على القيام بعمل يتعلق بالبناء أو الإنشاءات كإقامته أو تعديله أو ترميمه أو هدمه ، وهو يقـوم بالتنفيـذ طبقا لخطة وتصميم المهندس المعماري وتحت إشرافه وطبقا لتعليماته ، دون أن يفقـد استقلاله في تنفيذ ذلك ، وإلا فقد صفته كمقاول وأصبح تابع للمهندس أو رب العمل .

والأصل أن المقاول هو من يزود العمل بما يحتاجه من أشخاص ومواد وأدوات وأنه في الأصل شخص تنفيذي إلا أنه لا ينفي عنه صفة الفنـي ، أي يلتـزم بإتبـاع المواصفات الفنية المعروفة وبذل العناية المعهودة ، من رجال مهنتـه [3]، لـذا تقـوم مسؤوليته حتى في حالة تنفيذه لأعمال خاطئة ولا يعفيه من المسؤولية الإدعـاء بـأن دوره يقتصر على تنفيذ التصميمات والتعليمات الموضوعة ، ولكنه لا يلتزم إلا بالكشف

---

(1) د . هدى حامد قشقوش ، المرجع السابق ، ص 24 .

(dictionnaire de la langue française , Encyclopèdie, et noms propres, Hachette, paris, 1980).

(2) د .محمد لبيب شنب ، المرجع السابق ، ص11 . عن د. هدى حامد قشقوش ، المرجع السابق ، ص25 .

(3) د. منصور محمد حسين ، المرجع السابق ، ص47 ، هامش 20 .

عن الأخطـاء والعيوب التي يمكن أن تتضح لرجل من أواسط مهنتـه [1] و يجب أن يكون المقـاول مرتبطا مع رب العمل بعقد مقاولة ، فإذا كان من يقوم بالعمـل ينجزه تحت إشراف ورقابـة رب العمل بناء على عقد عمل ، فإنه يعتبر عاملا لا مقـاولا وفقا للمادة 554 ق.م.ج [2] وبالتالي لا يكون مسؤولا .

ب ـ المقصود بالمقاول في المسؤولية القانونية :

وهو كل من أتخذ لنفسه هذه الصفة وأدى دور المهندس أو المقاول من الناحيـة الفنية بغض النظر عن الشهادات الرسمية أو التخصص أو مـدى الكفايـة الفنيـة أو الاحتراف فالعبرة بطبيعة الدور المؤدى .

إذ يتحمل مسؤولية المهندس المدنية كل من قام بتصميم أعمال أو إشراف علـى التنفيذ مع إختيار المقاولين ـ بحيث الفني Le Technicien الذي يتدخل في عملية البناء بصفته مهندس Maitre d' oeuvre يسأل عن الأخطاء التي يرتكبها في وضـع خطـة والإشراف على الأعمال بغض النظر عن كونه يحمل شهادة متخصصة في ذلك العمل ـ ومنه يمكن للمقاول أن يؤدي من الناحية العملية دور المهندس والعكس ، كمـا قـد يضع رب العمل التصميم بنفسه وهذا يؤدي لتخفيض التعويض على المقـاول نتيجـة العيوب في البناء بإعتبار رب العمل ساهم بخطئه فيها .

كما لا تنقص مسؤولية المقاول إتجاه رب العمل إذ قبل تنفيذ أعمال ليسـت لـه دراية فنية كافية أو غير مؤهل لها. كما أنه لو تعرض رب العمل إلى خداع من طرف المهندس أو المقاول حول شهاداته أو مدى كفايته يكون قد إرتكـب تـدليس تعرضـه للمسؤولية التقصيرية [3].

---

(1) د . منصور محمد حسين ، المرجع السابق ، ص 47 .

(2) د . فتيحة قرة ، المرجع السابق ، ص 15 .

(3) د .محمد شكري سرور ، المرجع السابق ، ص 27 ،

Et Mazeaud Henri: Traite Theorique et pratique de la responsabilité delictuelle et contractuelle(T2) 6 ed, 1970, P76 N° 1070-5 note.

أ - دور المقاول :

يختلف أساسا دور المهندس L' Architect عن دور المقاول L' entrepreneur في عملية التشييد La Construction وإن كان الواقع قد أثبت - في بعـض الأحـوال - قيـام المهندس بعمل المقاول أو العكس وعليه تكون المسؤولية وفقا لطبيعة الدور الـذي أداه الشخص ويسأل عن خطأه الشخصي في عملية التشييد ، أيا كانت طبيعة الدور الـذي يؤديه ، إذ قد يقوم رب العمل أحيانا بوضع التصميم الهندسي للبناء بدون الرجوع إلى أي استشاري في الهندسة المعمارية ، أو يقوم بكل أعمـال الإشـراف علـى التنفيـذ أو المقاولة من إدارة وإشراف في استخدام مواد البناء ، لذلك يجـب توضـيح الـدور الحقيقي للمقاول لتحديد مسؤوليته في نطاق دوره الفني أو إذا قام بدور لا يعتبر أساسا ضمن التزاماته ، مع محاولة التمييز بين دور كل من المقاول والمهندس .

يمارس المقاول عملا ذو طابع إداري تنفيذي يقوم بمقتضاه بتنفيذ الرسـومات السابق وضعها وإخراجها إلى حيز الواقع ، ويختلف دور المقاول عن دور المهنـدس حيث يمارس هذا الأخير عملا ذو طبيعة فنية إبتكارية بما يبدعه من نشاط ذهني بعكس المقاول الذي عمله مادي ذو طابع تجاري ، ولكن إذا مارس المقاول عملا من الأعمال التي تدخل في صميم إختصاص المهندس المعماري بأن قام هو بنفسه بتصميم البنـاء ورسم الرسومات الهندسية [1] .

و ظهر عيب جسيم في التصميم أدى إلى إنهيار البناء فإن هذا الشخص يسـأل ليس فقط باعتباره مقاولا قام بتنفيذ العمل والاشراف عليه وإدارته بل أيضا كما لو كان مهندسا أو أخطأ في التصميم[2] ، فمهمة المقاول الرئيسية تتمثل في إقامة المنشـآت ، وفقا للنماذج ، والروسومات والتصميمات الموضوعة من قبل ، بما يتضمنه ذلك مـن إدارة تنفيذ الأعمال وحراسة المواد والأدوات والأشياء الأخرى الموجودة فـي موقـع العمل ، و تنبيه المهندس المعماري ورب العمل إلى الأخطاء التي يكتشفها في التصميم الذي وضعه أي منهما،وذلك في الوقت المناسب حتى يمكن تصحيحها دون ضرر[3].

(1) د . هدى حامد قشقوش ، المرجع السابق ، ص 26 .

(2) د .عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق،الجزء 7 ، بند 62 ، ص 109 .

(3) د . محمد ناجي ياقوت ، المرجع السابق ، ص 38 .

وتتميز مهنة المقاول عن مهنة المهندس المعماري في الوقت الحالي ، وإن كانت تختلط حدود المهنتين معا في السابق وكانت المهنتان غير متميزتين حتى بداية القـرن التاسع عشـر وحتى في الوقت الحاضـر ، حيث يعالـج موضـوع المسؤوليـة الجنائيـة لمهندسي ومقاولي البنـاء ، تحت إصطلاح المسـؤولية الجـنائية للمشيدين La Responsabilité pénale des constructeurs ، وفقا للتعبيـر السـائد فـي فرنسـا بالإضافة إلى ذلك فإن إصطلاح مشيدي البناء يطلق على المقاول والمهندس وغيـرهم من فنيين مشتركين في البناء ، وإن كان اصطلاح المشيدين لم يرد فـي التشـريعات الجزائرية للبناء ،بل يذكر المشرع دائما إما لفظ المهندس أو المقاول أو الإثنين معا[1] .

هذا من جهة ، ومن جهة أخرى رغم وضوح التفرقة في العصر الحـديث بـين المهندس والمقاول خاصة من الناحية النظرية بعد أن ظلتا مختلطان لمدة طويلـة مـن الناحية العملية أين كان المقاول يقوم بمهمته ومهمة المهندس المعماري معـا ، فيضـع التصميم وينفذه في نفس الوقت ، ولما كانت النصوص القانونية المتضمنة أحكـام عقـد المقاولة منقولة عن التقنين المدني الفرنسي ، أين استعمل هذا الأخير كلمـة المهنـدس المعماري والمقاول ، إنما يقصد بهما شخصا واحد هو المقاول الذي يقوم بعمل التصميم وينفذه ، وقد ترتب على ذلك أن أصبح المعنى المقصود بكلمة المهندس المعماري فـي لغة القانون وبالذات في مجال المسؤولية المدنية عن عيوب البناء مرتبط ليس بالمؤهل العلمي للشخص المسؤول ولا بالقيد في نقابة المهندسين ، وإنما بقيام الشخص في الواقع بمهمة تشبه مهمة المهندس المعماري بالمعنى الفني الدقيق للكلمة ، وعليه يكون الشخص الملزم بالضمان العشري للمهندس المعماري الوارد في المادة 554 ق.م.ج ، ما دام يقوم بمهمة المهندس المعماري في الواقع ، حتى ولو كان مهندس في مجال آخر غير البنـاء أو لم يكن مهندسا أصلا ، كأن كان مقاول غير مؤهل أو شخص عـادي لا يحمـل أي مؤهل أو خبرة خاصة ، متى تولى القيام بمهمة من مهام المهندس المعماري ، كوضـع التصميم مثلا [2]، ومنـه يمكـن أن يمتـد دور المقـاول بحسـب الإتفـاق ليشـمل مهمـــة المهندس فهنا يضمن كل العيوب التي من شأنها أن تنسب إلى هذا الأخير أي أن إلتزامه بالضمان يزداد إتساعا.

---

(1) د . هدى حامد قشقوش ، المرجع السابق ، ص 25 .

(2) راجع في هذا المفهوم ، د . محمد ناجي ياقوت ، المرجع السابق ، ص39 .

يعتبر المقاول الطرف الرئيسي في عقد المقاولة ، إذ هو من يقوم بتنفيذ مضمون هـذا العقد وفقا للرسومات والتصاميم الموضوعة من طرف المهنـدس المعمـاري ،أو رب العمل كما سبق ذكره [1].

كما عليه أيضا حراسة مكان البناء أو العمل ومراقبة مايجري فيه مـن أعمـال لتفادي الأضرار التي قد تصيب رب العمل أو الغير[2] .

هذا هو دور المقاول عند تنفيذه لمضمون عقد المقاولة، إذا لم يتجـاوز حـدود صلاحيته، ويؤدي إخلاله بأحد التزاماته أن تنعقد مسؤوليته طبقا للقواعـد العامـة أو قواعد المسؤولية الخاصة على حسب الأحوال[3] ، وفي حالـة قيـام المقـاول بـدور المهندس كوضع التصميمات، وكان بها عيب أدى إلى تهديم البناء كليـا أو جزئيـا أو ظهرعيب فيه يهدد متانته وسلامته أوجعله غير صالح للغرض الذي أنشئ لأجله تقـام مسؤولية هذا المقاول على أساس كونه مهندسا معماريا فيما يخص تطبيق المسـؤولية الخاصة إذ يعد ملتزم بالضمان العشري بصفته مهندسا إلى جانـب صـفته الأصـلية كمقاول [4] .

ويلتزم المقاول بالضمان العشري - عند توافر شـروطه - سـواء كـان هـو من قدم المواد المستعملة في البناء أو قـدمها رب العمـل طبقـا لنصـوص المـواد 550 ،551 و552 ق.م.ج.

ويستوي في ذلك أن يكون من قام بالعمل مقاولا واحدا أو عـدة مقـاولين كـل حسب تخصصه، فكل هؤلاء المقاولين يلتزمون بالضمان الخاص كل في نطاق العمـل المعهود له.

وعلى هذا الأساس ، إذا اقتصر دور أحد المقاولين على القيام بعمـل لا يـؤثر على صلابة البناء وسلامته مما لا تجعله غير صالح للغرض المقـصود من إنـجازه كأعمال الدهان أو الديكور ، فإنه لا يخضع لأحكام المسؤولية الخاصة التي نحن بصدد

---

(1) راجع ما ذكر سابقا في دور المقاول ، ص25 .

(2) د. محمد عبد الرحيم عنبر ،عقد المقاولة(دراسة مقارنة بين تشريعات الدول العربية)، طبعة 1، سنة 1977 ، بند 70 ، ص 105.

(3) د. ياسين عبد الرزاق حسين ، المرجع السابق ، هامش 33 ، ص 422 .

(4) د . عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، بند62 ، ص 109 .

دراستها [1] ،إلا أنه يسأل طبقا للقواعد العامة في المسؤولية العقدية كونه أخل بالتزامه عقدي في ذمته بمقتضى عقد المقاولة المبرم بينه وبين رب العمل .

كما يستوي أيضا لمساءلة المقاول عن الضمان العشري أن يكون هو من قام بالعمل بنفسه أو بواسطة عماله ، إذ يلتزم المقاول الأصلي بضمان أعمال عماله أمام رب العمل ، ولا يسأل هؤلاء العمال إلا أمام المقاول الأصلي فقط ، وتكون مسؤوليتهم مسؤولية عقدية طبقا للقواعد العامة لتوافر الرابطة العقدية بينهما ، ولانتفائها بينهم وبين رب العمل ، حيث أن المادة 554 ق.م.ج ، تنظم مسؤولية يرجع أساسها إلى رابطة عقدية بين رب العمل ومن قام به[2] .

مع الملاحظ أن المقاول يبقى ملتزم بالضمان العشري مهما كانت الطريقة التي أبرم بها عقد المقاولة بينه وبين رب العمل ، أي سواء تمت بطريقة الجزاف أو بسعر الوحدة ، كون نص المادة 554 ق.م.ج ، لم يورد ذلك كشرط لقيام الضمان العشري مما يؤدي إلى اتساع نطاق هذه المسؤولية إلى المهندس المعماري كالمقاول تماما[3] .

يستخلص مما سبق أن المقاول هو الطرف الأساسي في عقد المقاولة الذي يربطه برب العمل لهذا ينجر عن هذا العقد التزامات على عاتق أطراف هذا العقد ، وسنستبعد التزامات الطرف الثاني وهو رب العمل ، وسنركز على أهم التزامات المقاول التي يمكن أن نلخصها في ثلاث وهي[4] :

1- إنجاز العمل محل عقد المقاولة .

2- تسليم العمل المذكور بعد إتمامه .

3- ضمان العمل المنجز بعد تسليمه .

3 ـ أشخاص آخرون غير المهندس المعماري ومقاول البناء :

بالرجوع إلى نص المادة 554 ق.م.ج ، فقد نصت بصريح العبارة على كل من المهندس المعماري والمقاول كأشخاص مسؤولون بالضمان الخاص دون غيرهما،لكن

---

(1) راجع في هذا المفهوم د . محمد لبيب شنب ، المرجع السابق ، ص 124 .

(2) راجع في هذا المفهوم د . ياسين عبد الرزاق حسين، المرجع السابق، ص 424 . و ، د . محمد لبيب شنب المرجع السابق ، بند 105، ص 123 . و ، د .العطار توفيق عبد الناصر ، المرجع السابق ، هامش 19 .

(3) د. ياسين عبد الرزاق حسين ، المرجع السابق، ص 425 .

(4) محمد عبد الرحيم عنبر ، المرجع السابق ، ص 105 و 224 .

هل بالإمكان أن يتسع مفهوم دائرة الأشخاص المسؤولين مسؤولية القواعد الخاصة إلى غير المهندس المعماري ، كالمهندس الاستشاري والإنشائي وغيرهما في حالة وجـود عقد مقاولة تربطه مع رب العمل ، بل أكثر من ذلك هـل يمكـن أن نوسـع مفهـوم مضمون نص المادة من حيث النطاق الشخصي للضمان الخاص إلى أشخاص آخرين ، ولو كانوا غير مرتبطين مع رب العمل بموجب عقد المقاولة ، هذا ما نتطرق إليه من خلال النقطتين التاليتين :

1- أشخاص آخرون غير المهندس المعماري والمقاول المتعاقدين مع رب العمل .

2- أشخاص آخرون غير المهندس المعماري والمقاول الغير متعاقدين مع رب العمل .

أ ـ أشخاص آخرون غير المهندس المعماري والمقاول المتعاقدين مع رب العمل :

إن عملية تشييد المباني أمر لا يتصور أن يقوم به مهندس معمـاري ومقـاول البناء لوحدهما ، بل كلا منهما بحاجة إلى مساعدين في إنجاز أعمالهما ، ولا شـك أن هؤلاء المساعدين لا يلتزمون بالضمان الخاص لتخلف شرط ارتباطهم مع رب العمـل بعقد المقاولة .

وبالتالي يكون كل من المقاول الأصلي والمهندس المعماري المرتبط مـع رب العمل بعقد مقاولة مسؤولا عن أعمال مساعديهم ، ويلتزم بضمان الأعمال كما لو كان هو من قام به بنفسه ، حتى لو لم يعتبر هؤلاء المساعدين من أتباع المقاول والمهندس المعماري بمفهومه في مسؤولية المتبوع عن التابع كما لو كانوا مقاولين من الباطن[1] .

وينطبق هذا على الفنيين المتخصصين في عمل معين من أعمال التشييد والبناء كالمهندس الإستشاري وغيره ، إذا إستعان به المهندس المعماري المكلف بعملية التشييد من طرف رب العمل ، فيكون المهندس المعماري مسؤول لوحده عن أعمال المهندس الاستشاري الذي إستعان به ،مسؤولية القواعد الخاصة ، بينما لا يستطيع رب العمـل الرجوع بموجب المادة 554 المتعلقة بالضمان العشري على غير المهندس المعماري .

لكن هل بإمكان رب العمل الرجوع على غير المهندس المعماري ، كالمهنـدس الإنشائي أو الاستشاري في حالة تعاقد هؤلاء مـباشرة مع رب العمل بـموجب عقد

(1) د . عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق،الجزء 7 ، ف 62 ، ص 110 .

مقاولة على القيام بعمل من أعمال التشييد والـبناء ؟ أم أن ارتباط أحـدهما مع رب العمل بعقد المقاولة يجعله في حكم المهندس المـعماري ومنه يلزمه بهـذا الضـمان المشدد ؟ [1] .

عمليا كثيرا ما يجد رب العمل نفسه في هذا الموقف نتيجة تعاقده مع أشـخاص مستقلين بأعمال البناء غير أنهم لا يحملون لقب المهندس المعماري أو لقب المقـاول ، إلا أنهم يمارسون نفس النشاط الذي يقوم به عادة هؤلاء مـثلا ، المهنـدس المـدني ، Ingenieur en gini civil ، الذي يتولى مهمة وضع التصميمات والرسومات التنفيذيـة لحساب رب العمل ، أو الخبير الذي يقدم مشورة فنية لـرب العمـل أو يقبـل مهمـة الإشراف على تنفيذ بعض الأعمال بموجب عقد مقاولة [2] .

* للإجابة على هذا التساءل لا بد من معرفة العبرة من الضمان الخاص سـواء كانت باللقب أو بالمركز المهني أو بالكفاءة المهنية للشخص المسؤول ، أم أنها تكـون بالدور أو بالمهمة التي يتولى الشخص تأديتها ؟. – رغم أن نص المادة 554 ق.م.ج ، وما بعدها لم تذكر سوى المهندس المعماري والمقاول -. وقبل الاجابـة علـى هـذا التساؤل طبقا للقانون المدني الجزائري ، نعرج إلى ما إستقر عليه القضاء الفرنسي وما نص عليه القانون الفرنسي ، حيث أن العبرة تكون في هذه الحالة بالمهمة المؤداة بغض النظر عن اللقب أو المركز المهني للشخص الذي يقوم بتلك المهمة ، طالما كان ذلـك بموجب عقد مقاولة أبرم مباشرة مع رب العمل[3] .

وهذا ما نص عليه صراحة القانون المدني الفرنسي الجديد عندما أضاف إلـى عبارة نص المادة 1792 في صيغتها الأصلية التي كانت عليها في سنة 1804 عبـارة " وأي أشخاص آخريـن مرتبطين مع رب العمل بعقد مـقاولة " وذلك بالقانـون رقـم 67 - 03 لسنة 1967 ، كـما عدل صياغة هذا النص بقانون رقم 78-12 ، مسـتعملا كلمة "

كل معماري" Tout constructeur " ، مبينا أن المقصود بهذه الكلمة الجـديدة هو:

---

(1) ، (2) د . محمد ناجي ياقوت ، المرجع السابق ، ص41 .

(3) أنظر في تطبيق ذلك على مهندس مدني يقوم بمهمة المهندس المعماري : نقض مـدني فرنسـي ، 21 ينـاير 1971،ج،ك،ب، سنة 1971-2- 16729.(عن ، د.محمد ناجي ياقوت ،المرجع السابق، ص 42 هامش57) .

" كل مهندس معماري ، مقاول ، فـني ، أو أي شخص آخر مرتـبط مع رب العمـل بعقد مقاولة "[1].

هذا فيما يخص موقف القانون المدني الفرنسي الذي كان صريحا وجازما ، أما القانون المدني الجزائري ، فرغم أن نص المادة 554 وما بعدها من القانون المدني الجزائري الصادر عن الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26-09-1975 ، لم يذكر سـوى المهنـدس المعماري والمقاول فقط كمسؤولين بمقتضى المسؤولية الخاصة ، لكن هذا لا يمنع من توسيع مفهوم هذا النص ومسايرته مع الواقع العملي وهذا ما لا يتناقض مـع موقـف المشرع ولو كان غامضا .

إذا فاقتصار نص المادة 554 ق.م.ج ، على المهندس المعماري والمقاول راجـع مـن جهة إلى الوقت الذي وضع فيه هذا النص سنة 1975 ،والذي لم يتم تعديله وكون آنذاك لم تشهد عمليات البناء والتشييد التطور الملحوظ في الوقت الحالي مـن حيـث الآلات والأدوات المستعملة ولا سيما الخبرات و المهرات الفنية وتعـدد الاختصاصـات فـي الهندسة المعمارية لوحدها ، هذا ما يستلزم وجود ذوو هاته الخبرات الفنية .

الأمر الذي أدى إلى ظهور طائفة من أشخاص آخرين يمارسون نشاط مهني من نفس طبيعة النشاط الذي يمارسه المهندس والمقاول رغم أنهم لا يعتبرون كذلك بالمعنى الضيق للكلمة ويرتبطون مع رب العمل أو صاحب المشروع بموجب عقد الأشغال .

لهذا لا يمكن استثناء هاته الطائفة من إدخالهم في نطـاق مسـؤولية القواعـد الخاصة التي تهدف لحماية رب العمل باعتباره شخص غير خبير في أعمال البناء ومن جهة ثانية نلتمس أو نستنبط موقف المشرع الجزائري من هذا الوضع من خلال قانون رقم 80-07 المؤرخ في 28 رمضان 1400الموافـق لـ 09 غشـت 1980.المتعلـق بالتأمينات [2].

---

(1) د.محمد ناجي ياقوت،المرجع السابق،ص 20.19.18.17،راجع سابقا نصوص القانون المدني الفرنسي المعدل.

- Article 1792 : « Tout costructeur d'un ouvrage est responsable …» "كل معماري..."

-Article 1792/ 1: « Est Réputé costructeur de l'ouvrage : Tout architecte , entrepreneur , technicien , ou autre personne lié au maitre de l'ouvrage par un contrat de louage d'ouvrage » .

« كل مهندس معماري أو فني أو أي شخص آخر مرتبط مع رب العمل بعقد مقاولة ».

(2) قانون رقم 80-07 المؤرخ في 09-08-1980 المتضمن قانون التأمين،الجريدة الرسـمية عـدد 33 ،المعـدل بالأمر 95-07 جريدة رسمية عدد 13 سنة 1995 و المعدل بالقانون 06-04 المؤرخ في 2006/02/20 جريـدة رسمية عدد 15-2006 المتعلق بالتأمينات.

أين نص في قسمه الثالث المعنون بالمسؤولية المدنية للمهندسين المعماريين و المقاولين من الفصل الرابع تحت عنوان التأمينات الإلزامية مـن الباب الأول " التأمينات البرية " و في المادة 94 على مايلي : " يجب على المهندسين المعماريين والمقاولين والأشخاص الآخرين المرتبطين بصاحب المشروع بموجب عقد الأشـغال أن يؤمـنوا من العواقب المالية و مسؤوليتهم المهنية " .

إذ نستنتج أن الذي قصده المشرع من خلال عنوان القسم الثالـث بالمسـؤولية المدنية للمهندسين المعماريين والمقاولين أوسع مما ورد في المادة 554 ق.م.ج ، كمـا نصت عليه المادة 94 بذكرها " المهندسين المعماريين والمقاولين والأشخاص الآخرين المرتبطين بصاحب المشروع بموجب عقد الأشغال" ، وهذا ما اجتمع عليـه الفقـه أن رب العمل لا يمكنه الرجوع بموجب نص المادة 554 ق.م.ج ، بخصـوص الضـمان العشري على غير المهندس المعماري ، كالمهنـدس الإنشـائي أو الكهربـائي علـى افـتراض أن المـهندس المعـماري هو المسؤول عن عمل هؤلاء .

أما نص المادة 94 من قانون التأمين الإلزامي بالإضافة إلى اسـتعماله صـيغة الجمع مقدرا مسؤولية المهندسين المعماريين والمقاولين ، إلا أنه أضاف إلى ذلك عبارة " والأشخاص الآخرين المرتبطين بصاحب الشروع بموجب عقد الأشغال " ، فيكونون بذلك مسؤولين عن الضمان ومن ثم ملتزمين بإبرام التأمين الإجباري .

نفس الأمر بالنسبة للمقاولين في حالة تعددهم ، فكل منهم يعتبر مقـاولا فـي حدود الأعمال التي يقوم بها ويكون ملتزم بالضمان في هـذه الحـدود طالمـا كـانوا مرتبطين بموجب عقد مقاولة مع رب العمل .

وخلاصة القول أن القانون لم يقتصر مجال التأمين الإجباري مـن المسـؤولية المدنية عن الأضرار الناشئة عن أعمال البناء على مسؤولية المهندسين والمقاولين فقط ،بل وسع هذا النطاق الشخصي ليصل إلى غيرهم من الأشخاص المرتبطين بصـاحب المشروع بـموجب عقد الأشغال مما يصبح من الضـروري أن يمتـد إلـيهم نطـاق مسؤولية القواعد الخاصة .

بالإضافة إلى أن الاعتبارات العملية كافية لأن تدفع القضاء الجزائري إلى تفسير

هذه العبارة في المادة 554 ق.م.ج ، تفسيرا واسعا كما سبق الإشارة إليه استنادا إلى نص المادة 94 من قانون التأمين إلى أن يتدخل مشرعنا لتأكيد ذلك بتعديل نص المادة 554 ق.م.ج ، بإضافته كل شخص يشارك بدور في عملية التشييد ومرتبط مع رب العمل بعقد مقاولة ، وهذا تفاديا من إفلات أي شخص مشارك في عملية البناء من الخضوع للالتزام بالضمان المشدد الوارد في المادة 554 ق.م.ج ، لأن في هذا الخضوع ضمان أكثر فعالية لجودة الأعمال ومتانة المباني وسلامة أرواح الناس .

ب ـ أشخاص آخرون غير المهندس المعماري والمقاول الغير متعاقدين مع رب العمل :

سبق أن وضحنا الأمور بشأن امكانية خضوع كل شخص آخر غير المهندس المعماري ومقاول البناء بغض النظر عن لقبه أو مركزه المهني أو مؤهلاته مادام مرتبط مع رب العمل بموجب عقد مقاولة وشارك بدور ما في عملية البناء، لمسؤولية القواعد الخاصة المنصوص عليها في المادة 554 ق.م.ج ، وما بعدها ، لكن هل يمتد نطاق تطبيق مسؤولية القواعد الخاصة هذه ،لتشمل أشخاص آخرين بغض النظر عن ارتباطهم بعقد مقاولة مع رب العمل ؟.

طبقا للتشريعات القانونية الجزائرية لا تنص صراحة على ادخال هاته الطائفة في دائرة الأشخاص المسؤولين مسؤولية القواعد الخاصة ، لكن لأهمية هذا التساءل ولتطور وسائل عمليات البناء مما أدى لتسرب أشخاص يشاركون ولو بطريق غير مباشر في عملية التشييد دون ارتباطهم مع رب العمل ، ورغم عدم النص عليه صراحة في التقنينات الجزائرية ، نحاول دراسة هاته الطائفة من خلال التقنين المدني الفرنسي المعدل بمقتضى القانون رقم 78-12 المؤرخ 04-01-1978 الذي نص على ذلك صراحة لتتسع دائرة الأشخاص المسؤولين مسؤولية القواعد الخاصة إلى أن تصل لضم :كل من البائع [1]، والوكيل[2] ، والصانع [3]، والمستورد[4]، والموزع [5]، وممول

---

(1)،(2)،(3)،(4)،(5) د.محمد ناجي ياقوت،المرجع السابق،ص45 و ما بعدها،هامش 63-64-65-66-67 و68.

(المادة 1646 من القانون المدني الفرنسي بعد تعديلها بالقانون رقم 67-03 ، سنة 1967 ،

المادة 1792 - 1 (ق.م.ف) في فقرتها الثانية التي أضيفت لأول مرة بالقانون رقم 78-12 ، سنة 1978 .

المادة 1792 - 1 (ق.م.ف) في فقرتها الثالثة ، التي أضيفت لأول مرة بالقانون رقم 78-12 ، سنة 1978 .

المادة 1792 - 4 (ق.م.ف) في فقرتها الأولى ، التي أضيفت لأول مرة بالقانون رقم 78-12 ، سنة 1978 .

المادة 1792 - 4 (ق.م.ف) في فقرتها الثانية المضافة بالقانون الجديد.

المادة 1792 - 4 (ق.م.ف) في فقرتها الثالثة المضافة بالقانون الجديد).

العقار[1] ، و اعتبرهم في حكم المعماريين ، لهذا سأتطرق بإيجاز من باب الفضول إلى الشروط الواجب توافرها في كل منهم لإمكانية اعتبارهم في حكم المعماريين في وجهة نظر القانون المدني الفرنسي ومنه جواز الرجوع عليهم بمقتضى مسـؤولية القواعـد الخاصة[2].

الفرع الثاني : تضامن الملتزمين بالضمان والرجوع فيما بينهم :

1- تضامن كل من المهندس والمقاول في الضمان

في حالة الاشتراك في عملية التشييد عدد من المهندسين ، أوالمقاولين فـإنهم مسؤولون بالتضامن عما قد يلحق البناء من عيوب أو تهدم تهدد سلامته خلال العشـر السنوات الموالية لتسليمه . ومنه يستطيع الدائن بالضمان أن يقيم الدعوى عليهم جميعا أو على أحدهم ويطالبه بالتعويض كاملا ، ثم يرجع الذي دفع مبلـغ التعـويض علـى الآخرين كل بقدر نصيبه ، والأصل أن تكون المسؤولية بينهم بالتساوي ، ماعـدا فـي حالة تحديد القاضي نصيب كل واحد منهم في التعويض بحسب جسامة خطئه هذا طبقا للقواعد العامة في حالة تعدد المسؤولين عن الفعل الضار ومع ذلك جاء التأكيد عن ذلك في نص المادة 554 ق.م.ج على أن " يضمن المهندس المعماري والمقاول متضـامنين ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلي أو جزئي فيما شيداه من مبان ..." .

والتضامن هنا لا يفترض بل يكون إما على اتفاق أو نص القانون كما هـو عليه الحال في نص المادة ، فقد وضع المشرع مبدأ عام في التضامن في المسـؤولية التقصيرية ، أما في المسؤولية العقدية والالتزامات الناشئة عن العقد ، فالتضامن فيها لا يفترض بل يجب لقيامه شرط أو اتفاق أو نص قانوني .

وبالرجوع إلى مسؤولية المقاول أو المهندس فالراجح أنها ليسـت مسـؤولية تقصيرية كما سنراه من خلال الفصل الثاني بل مسؤولية عقدية قدرها القانون ، ومـنه

---

(1) المادة 1831 - 1 مدني فرنسي المعدل بمقتضى المادة 5 من القانون رقم 78-12 ، لسنة 1978 .

(2) د.محمد ناجي ياقوت ، المرجع السابق ، ص 46 .

فالتضامن لا يفترض بل يكون بموجب نص القانون أو باتفـاق لكـن مـن الصـعب وجود هذا الاتفاق لتعـدد واسـتقلال العقـود التـي تـربط رب العمـل بالمهنـدس والمقاول .

ويكون التضامن هنا في الضمان كون التضامن في المسؤولية لا يقوم إلا إذا كان كـل واحد من المسؤولين قد ارتكب خطأ ، وأن يكون الخطأ الذي ارتكبه كل منهم سببا في إحداث الضرر بحيث يلزم وحدة الضرر واشتراك كل المسؤولين في إحداثه [1] .

ومنه إذا اعتبرنا تضامن المهندس والمقاول تضامنا في المسؤولية فإن هذا التضامن لن يقوم إلا إذا كان الخطأ مشتركا بينهما ، أما إذا صدر الخطأ من أحدهما فإن الرجوع لا يكون إلا عليه وحده .

والملاحظ من خلال نص المادة 554 أن التضامن تقرر في الضـمان أي أن المهندسين والمقاولين الذين اشتركوا في عملية البناء يضمنونه لمـدة عشـر سـنوات وعليه يمكن الرجوع عليهم جميعا أو على أي منهم بمجرد حدوث التهـدم أو العيـب ولا يشترط وقوع خطأ من جانب المدعى عليه ، وهذه احدى مميزات التضـامن فـي الضمان ، ويستطيع هذا الأخير الرجوع على الآخرون أو علـى المخطـئ مـنهم أو اختصامهم في الدعوى ، وعليه هو عبء إثبات الخطأ طبقا للقواعد العامة ، وهذا هـو المقصود من نص المادة ، بحيث رب العمل ليست له الخبرة لمعرفـة سـبب التهـدم والشخص المخطئ من بين الأشخاص المشتركين في البناء ، أما فيما بينهم فهم أقـدر على معرفته و إثباته أمام العدالة التي تتولى توزيع المسؤولية بينهم والتعويض بنسـبة خطأ كل منهم .

ويترتب عن ذلك عدم إمكانية المدعى عليه دفع الضمان بعدم توافر الخطأ في جانبه ، أو أنه يرتبط مع رب العمل بعقد مستقل عن العقود التي تربط غيره به ، ولا يؤثر في التزامه بالتضامن استقلال خطأه عن أخطاء الآخرون [1] .

---

(1) د . منصور محمد حسين ، المرجع السابق، ص51 .

2 – توزيع المسؤولية بين الملتزمين بالضمان :

لقد وضع نص المادة 555 ق.م.ج معيار توزيع المسؤولية فيما بين المسؤولين بالضمان إذ يلتزم المهندس المعماري والمقاول متضامنين بالضمان قبـل رب العمـل ولكن فيما بينهم يوزع التعويض بنسبة خطأ كل منهم ، بحيث تنظم علاقة فيما بيـنهم طبقا للقواعد العامة في المسؤولية التقصيرية نظرا لعدم وجود علاقة تعاقدية تربطهم ، ومنه يقوم كل منهم باثبات خطأ الآخر طبقا لتلك القواعد .

وإذا تعذر تحديد الخطأ تقسم المسؤولية بينهم بالتساوي ، أما في حالة افـلاس أحدهم يتحمل الآخرون نصيبه ، ومن هنا تظهر أهمية التأمين على المسؤولية .

وفي حالة ما إذا قام أحد المسؤولين بدفع التعويض كاملا لرب العمل كان لـه الرجوع بعد ذلك على الآخرين بدعوى المسؤولية التقصيرية وذلك باثبات خطأ المدعى عليه الذي كان السبب في الضرر محل التعويض ويستطيع من يرجع منهم على الآخر أن يحل محل رب العمل في حقوقه مستعملا دعوى الحلول طبقا للقواعد العامة ، وفي هذه الحالة لن يكون بحاجة لإثبات خطأ المدعى عليه بل يكفي أن يحـدث العيـب أو التهدم في نطاق العمل الذي يلتزم به ،فهذا يعد في حد ذاته خطأ يستوجب الضمان لأن الالتزام هنا بتحقيق نتيجة وليس ببذل عناية ولا يمكن دفع المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي .

ويراعي في ذلك القاضي نسبة خطأ كل من المهندس والمقاول عنـد تقسـيم المسؤولية بينهما ،فإذا كان هناك خطأ في التنفيذ أو في المواد المستعملة وكان المهندس مشرفا على التنفيذ ، فلا شك في تحمل المهندس نسبة من الخطأ ، وعادة يكون خطـأ المقاول أكثر جسامة ، أما فيما يتعلق بمسؤولية المقاول عن عيوب التصميم تتأكد فـي حالة تبينه له وتحمله لمسؤوليته .

(1) د. منصور محمد حسين ، المرجع السابق،ص 98 ،هامش 1 بحيث أن" البعض يرى أن المشـرع فـي هـذا المجال يكون قد استحدث نوعا من المسؤولية الجماعية لكل المعماريين المشاركين في العمل دون تفرقة" .

المطلب الثاني

صاحب الحق في الضمان

إذا كانت هذه المسؤولية تثقل كاهل البعض ، فإن البعض الآخر تحميه قواعدها وسنوضح من خلال هذا المطلب من تقررت لصالحهم والأصل أن صاحب الحق في الضمان أو المستفيد الأول من المسؤولية الخاصة للمهندس والمقاول هو رب العمل المرتبط مع المسؤولين بالضمان بعقد المقاولة ، ولما كان المال دائما في حالة حركة فإنه قد تنتقل ملكية العقار المشيد من ذمة رب العمل إلى ذمة أخرى بأي طريقة من طرق الاستخلاف المعروفة ، فهل تبرأ بمجرد هذا الانتقال من يتحمل أحكام هذه المسؤولية منها أم لا ؟ كأن ينتقل هذا الحق إلى ورثته بعد وفاته ، فهل لهم حق التمسك بمسؤولية القواعد الخاصة مكان مورثهم ، باعتبارهم خلفا عاما له ، كما سنتناول دراسة مدى إمكانية إجازة الخاف الخاص لرب العمل من موهوب له ، أو مشتري أو وصي ...إلخ من الرجوع على المهندس و المقاول بأحكام المسؤولية الخاصة وهل لغير هؤلاء الأشخاص الحق في الرجوع بهذه الدعوى بمعنى هل اتسع نطاق المستفيدين من أحكام هذه المسؤولية بحسب أتساع نطاق المسؤولين ، فهذا ما سنتناوله من خلال هذا المطلب بداية برب العمل كأصل وخلفه العام ثم انتقال هذا الحق للخلف الخاص ، ثم في نقطة ثالثة الأشخاص الآخرين غير هؤلاء .

الفرع الأول : رب العمل :

الأصل إن ما يجمع بين المهندس أو المقاول في إطار أعمال التشييد عقد مقاولة مع المستفيد وهو رب العمل ، وبهذا يكون لهذا الأخير المستفيد الأول من مسؤولية القواعد الخاصة للمعماريين [1] ، وهو ما يعرف بالمستفيد التقليدي [2] ، لأن رب العمل هو من يصاب عادة بالضرر نتيجة تهدم البناء أو ظهور عيب فيه يهدد سلامته أو متانته ،فيرجع بالضمان الخاص على المهندس أو المقاول أو عليهما معا [3] .

لكن من هو رب العمل ، ولماذا تقررت المسؤولية المشددة لصالحه ، وما شرط استفادته منها ، وهل يمكن اعتبار المقاول الأصلي رب عمل للمقاول من الباطن ؟ .

---

(1) د .محمد ناجي ياقوت ، المرجع السابق ، ص 73 .

(2) د . ياسين عبد الرزاق حسين ، المرجع السابق ، ص 571 .

(3) د . عبد الرزاق السنهوري ،المرجع السابق،الجزء7 ، ف 63 ، ص 111 .

1 - من هو رب العمل : " رب العمل المقصود والـذي تقـررت المسـؤولية المشـددة لصالحه هو ذلك الشخص الذي يشيد البناء أو المنشأ الثابت لحسابه سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا ، خاصا أو عاما " [1] .

ويستوي أن يكون قد أبرم العقد بنفسه أو بواسطة من ينوب عنه أو يمثله وفقا للقواعـد العامة ، ومنه إذا كان عقد المقاولة تم إبرامه عن طريق وكيل عن رب العمل ، فـإن دعوى الضمان عن عيوب البناء يمكن ممارستها من قبله أو عن طريق نائبه [2] .

ولا يشترط في رب العمل أن يكون مالك الأرض التي يقام عليها البنـاء ، بـل يكفي أن يكون قد أعطى له حق البناء عليها ولحسابه الخاص [3]، وقد يفقد رب العمـل صفته كرب عمل ، إما بسبب بيع العقار أو هبته أو التنازل عليه أو بالتسليم النهـائي للأعمال ...الخ ، فبالتالي لا يستطيع رفع دعوى الضمان العشري [4]. مثال ذلك عقـود المقاولة التي تبرمها جمعيات تعاونية للبناء أو الإسكان لإنشاء مبان لحساب أعضـاءها إذ تعتبر أشخاص إعتبارية تتمتع بصفة رب العمل طول مدة التشـييد لغايـة التسـليم النهائي، ومن لحظة التسليم تفقد صفتها كرب عمل بحيث لا تسـتطيع مباشـرة رفـع دعوى الضمان العشري ، بل يكون هذا الحق من اختصاص الأعضاء الذين تم توزيع العقارات عليهم الذين تكون لهم صفة رب العمل منذ تملكهم لها ، بحيث بإمكان الشريك في شركات البناء أن يرفع دعوى الضمان إذا لحقه ضرر شخصي من جراء العيوب

---

(1) د. ياسين عبد الرزاق حسين ، المرجع السابق ، ص 572 .

(كما جاء في تعريفه لائحيا:

« le maitre de l’ouvrage est la personne physique ou morale … pour le compte de qui les travaux (ou ouvrage) sont exècutés » .

مع ملاحظة عدم الخـلط بين لـفظ (رب الـعمل) le maitre de l’ouvrage وهو مالك العـمل ، و بـين لفظ le maitre d’oeuvre وهو مايطلق على ، المشرف على العمل أو رئيس العمل والذي يتولى ادارة العمل وتسييره والاشراف عليه ، والذي قد يكون المهندس المعماري أو غيره يوليه رب العمل هذه المهمة).

(2) د . منصورمحمد حسين ، المرجع السابق ، ص 40 .و ، د . ياسين عبد الرزاق حسين ، المرجـع السـابق ، ص 573.

(3) د . ياسين عبد الرزاق حسين ، نفس المرجع ، ص 573.

(4) د .محمد شكري سرور، المرجع السابق ، بند 172، ص 197 . و، د. ياسين عبد الرزاق حسين ، الـمرجع السابق ص 576 و 577 .

التي ظهرت بالمبنى ضد المهندس الذي أشرف على تشييده[1] .

ويمكن لهؤلاء الرجوع على رب العمل الذي يستطيع بدوره اختصام المقاول أو المهندس[2] . نفس الحكم في حالة عمارات التمليك التي يقـوم الأفـراد أو الشـركات ببناءها مع التعاقد مع المقاولين والمهندسين ثم يتم بيعها في شكل وحـدات منفصـلة ، فهنا يمكن للملاك الرجوع على المالك الأصلي أو البائع بدعوى ضمان العيوب الخفية الناشئة عن عقد البيع طبقا للقواعد العامة ، كما يمكن لهـذا الأخيـر الرجـوع علـى المهندس أو المقاول بدعوى الضمان الناشئة عن عقد المقاولة ، كما بإمكانه إدخالهمـا ضامنين في الدعوى العيوب الخفية التي يرفعها عليه المشتري .

وكما يمكن للمالك الرجـوع مباشـرة علـى المهنـدس أو المقـاول بـدعوى الضمان[3] ، كما يمكن الرجوع على المالك نفسه بتلك الدعوى (ليست دعوى ضـمان العيوب الخفية) إذ كان هو الذي تولى عملية البناء بنفسه أي انعقدت له سلطة الإشراف و السيطرة من خلال تشغيل العمال والفنيين تحت إمارته ، أي كتابعين له .

تقتصر دعوى الضمان العشري على المالـك أو رب العمـل ضـد المقـاول أو المهندس ، فرغم اعتبار المقاول الأصلي بمثابـة رب العمـل بالنسـبة للمقـاولين الفرعيين ، لكن لا يطبق على هذه العلاقة أحكام الضمان العشري ، إذا ما تهدم البنـاء أو ظهر به عيب وهذا ما نصت عليـه المـادة 554 ق.م.ج ، فـي فقرتهـا الثالثـة « ولا تسري هذه المادة على ما قد يكون للمقاول من حق الرجـوع علـى المقـاولين الفرعيين » ، لأن المقاول و المقاول الفرعي متساويان من الناحية الفنية ، ليست هناك حاجة لإستحداث مسؤولية إستثنائية فيما بينها ، إذ يمكن الإكتفاء بالقواعد العامة[4] .

---

(1) د .محمد شكري سرور،المرجع السابق،بند 173،ص198.و،د.عـبد الرزاق ياسين،المرجع السابق،ص 578 .

(2) د. منصور محمد حسين، المرجع السابق ، ص41 ، سطر 4 .

(3) د. منصور محمد حسين ، المرجع السابق ، ص41 . و ، د . عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص 111 و د .محمد لبيب شنب ، المرجع السابق ، ص134 .

(4) د. منصور محمد حسين ، المرجع السابق ، ص 42 . وأنظر كذلك في نفس الفكرة المرجع السابق ، للـدكتور ياسين عبد الرزاق حسين ، ص 583 ، الذي يرى عكس ذلك أي بإمكان المقاول الأصلي الرجوع على المقاول من الباطن بمقتضى أحكام هذه المسؤولية الخاصة وليس بمقتضى أحكام القواعد العامة . ويرى أنه من غير العـدل أن يتحمل المقاول الأصلي النتائج الضارة للخطأ الذي أرتكبه المقاول من الباطن دون أن نعطيه حق الرجـوع عليـه بنفس الأحكام التي أدين بمقتضاها . " وقد أكدت هذا الإتجاه حكم محكمة نقض بلجيكا " .

الفرع الثاني : الخلف العام :

فمن المتفق عليه أنه إذا توفي رب العمل فإن ورثته يحلون محله في الاستفادة بدعوى الضمان العشري بمقتضى المادة 554 ق.م.ج. في مواجهة هؤلاء الأشخاص بوصفهم خلفا عاما له في جميع حقوقه ومن بينها هذا الحق [1] .

وقد نصت المادة 108 من القانون المدني الجزائري بأنه " ينصرف العقد إلى المتعاقدين والخلف العام ... " .

ولما كانت الاستفادة من أحكام هذه المسؤولية الخاصة التي قررها المشرع الجزائري بشأن عقد المقاولة هي من أهم الحقوق التي يرتبها هذا العقد لرب العمل وعلى ذلك إذ ا توفي رب العمل انتقلت ملكية العقار محل العقد بما لها من حقوق من ذمة رب العمل ، واستقرت في ذمة خلفه .

وبالرجوع إلى المادة 108 في شطرها الثاني " ... مالم يتبين من طبيعة التعامل أو من نص القانون ، إن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام كل ذلك مع مراعاة القواعد المتعلقة بالميراث " .

لكن هذا الاستثناء لا محل لتطبيقه في هذه الحالة ، إذ لايمكن للمتعاقدين الإتفاق على عدم انتقال دعوى الضمان العشري للخلف العام ، لأن ذلك يعني إعفاء من الضمان العشري ذاته أو الحد منه منصب على النطاق الزمني فيه ، وهذا يتعارض مع المادة 554 من القانون المدني الجزائري التي تحظر مخالفته [2] ،بالإضافة إلى أن الخاص يقيد العام .

---

(1) د.عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق جزء7 ، ف 63 ، ص 111 ، و د.محمد لبيب شنب،المرجع السابق، ف 106 ، ص 124 ، و د. منصور محمد حسين ، المرجع السابق ، ص 42 ، و د . فتيحة قرة ، المرجع السابق ، ص 152 .

(2) د . عبد الرزاق السنهوري ، ج 1 ، بند 347 ، ص 599 ، و د . أنور سلطان ، المبادئ القانونية العامة، بيروت ، دار النهضة العربية،الطبعة3 ،سنة 1981 ، بند 225 ، ص320، و د . ياسين عبد الرزاق حسين ، المرجع السابق ، ص 579 .

الفرع الثالث : الخلف الخاص :

عرفنا أن رب العمل هو المستفيد الأصلي بأحكام الضمان العشري ، ولكي يبقى كذلك يجب أن يظل متمتعا بصفته هذه طيلة مدة الضمان بحيث إذا فقد هذه الصفة كأن يتصرف في العقار بأي شكل من أشكال التصرفات التـي تنقـل ملكيتـه منـه إلـى المتصرف إليه فإنه يفقد بذلك الحق في مباشرة دعوى الضمان ، وهنا نتساءل : هـل ينقضي الضمان في هذه الحالة ؟ أم ينتقل للمتصرف إليه تبعا لإنتقال ملكية العقار ؟.

إن دعوى الضمان تعد من آثار عقد المقاولة الوارد على البناء ، كما سـبق أن أشرنا إليه ، فتعد من مستلزمات البناء لأنه من شأنها تقويته ومن ثم فهي ترتبط بـرب العمل وتنتقل إلى المالك مع انتقال ملكيته [1] ، أي تنتقل للخلف الخاص بما فيـه مـن مشتري البناء ، والموهوب له ، والموصى له به .

وبالتالي امكانية هؤلاء رفع دعوى الضمان العشري مباشرة ضد المهنـدس أو المقاول أو كليهما معا إذا تهدم البناء أو ظهر فيه عيب بعد انتقال الملكية إليه ولكن قبل انقضاء مدة عشر سنوات التي يقوم خلالها الضمان [2]. وفي خصوص المشتري تثبت له دعويان :

1- أحدهما ضد البائع طبقا للقواعد العامة في ضمان العيوب الخفية في الشيئ المبيـع (وفي حدود هذا الضمان وبشروطه) وهنا يكون البائع (رب العمل) الرجوع بدوره على المهندس أو المقاول بالضمان وله أن يدخلهما ضامنين في دعوى العيب التي يرفعهـا عليه المشتري .

2- كما يمكن للخلف الخاص الرجوع ضد المهندس والمقاول طبقا للقواعـد الخاصـة بالضمان العشري ، حتى ولو لم يكن له حق الرجوع بالضمان على السلف ، كما لـو كان موهوبا له وليس له حق الرجوع بالضمان على الواهب ، لأن دعوى الضمان قـد انتقلت إلى الموهوب له مع الشيء الموهوب بعقد الهبة [3].

---

(1) د . منصورمحمد حسين ، المرجع السابق ، ص 40 .

(2)-. Soinne(B),la responsabilité des Architects et Entrepreneurs Après la réception traveau . Th . paris 1969 . p.204 (وفي نفس المعنى ، د . محمد ناجي ياقوت ، ص76.)

(3) د.منصور محمد حسين ،المرجع السابق ، ص 43 و، د.عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق، ص 111.

والجدير بالذكر أن محكمة النقض الفرنسية استندت في ذلك علـى أسـاس أن الحق في الضمان العشري هو " حماية قانونية مرتبطة بالملكية " وليس بشـخص رب العمل ، ومنه فإن خلال مهلة عشر سنوات ينتقل هذا الضمان مع البناء المبيع بما فيـه من ملحقاته .

وعمليا فإن فترة عشر سنوات هي فترة تجربة للتحقق من متانة البناء ، ومنـه المالك الحالي هو الذي باستطاعته التحقق من ذلك [1]، وينبني على ذلك أن الحق فـي الاستفادة من الضمان الخاص ينتقل إلى الخلف الخاص دائما ، أي حتى ولو كان انتقال الملكية إليه لا يتضمن الضمان ، (وهذا ولو لم يتضمنه نص صريح).

ولكن هل يستطيع الدائنون ممارسة حق مباشرة أحكام الضـمان العشـري ؟.
الأصل أن الدائن الشخصي لرب العمل ليس من حقه أن يرفع دعوى الضـمان ضـد المشيد ، إلا إذا كان في ذلك يستعمل حق مدينه (رب العمل) بطريق الـدعوى غيـر المباشرة [2]، لأنه ذو طبيعة مالية ولا يتعلق بشخص المدين ، أما فيما يخص مسـتأجر البناء فهو لايعد دائنا شخصيا لرب العمل (المؤجر) لذا لا يستطيع رفع دعوى الضمان العشري [3] ، وانما عليه سلوك طريق المسؤولية التقصيرية أي إثبات الخطأ في جانب المدعى عليه .

لكن السؤال المطروح هل بإمكان المشيدون أنفسهم فـي العلاقـة فيمـا بيـنهم الاستفادة من الضمان العشري ؟ طبقا للمادة 554 ق.م.ج ، يتضامن المهندس والمقاول في المسؤولية العشرية ، ومنه إذا رجع رب العمل على المهندس وحده بدعوى الضمان العشري ، وقام بالوفاء ، فهل بإمكانه أن يحل محل رب العمل فـي الرجـوع علـى المقاول أو العكس ، لأن المهندس والمقاول متضامنين في المسؤولية طبقا للمادة 554 ق.م.ج .

فإن الضمان العشري نوع من المسؤولية المفترضة المقررة لمصلحة رب العمل لعدم تخصصه في فن العمران ، ولتعذر عليه إثبات خطأ المشيد وهـذه الاعتـبارات

---

(1) د .محمد شكري سرور، المرجع السابق ، ص 202 .و ، د .محمد ناجي ياقوت، المرجع السابق ، ص 77 .
(2) عن د. محمد شكري سرور، المرجع السابق ، ص 204 .
(3)-En ce sens : Mazeaud (H.L.J.) p 68.N^0 1070-4 LABIN- p 179

لا تتوافر في العلاقة بين المهندس والمقاول .

والمفروض أنه إذا رفعت هذه الدعوى على أحدهما دون الآخر ، فليس عليه أن ينتظر صدور الحكم ضده ثم يوفي لرب العمل ثم يرجع على شريكه في هذه المسؤولية (بإستعمال حق الحلول محل رب العمل في هذا الرجوع) ، وإنما عليه أن يسارع إلى اختصام هذا الشريك في نفس دعوى المسؤولية المرفوعة عليه (1).

الفرع الرابع : أشخاص آخرون غير رب العمل وخلفه العام والخاص :

نظرا للتطور الكبير في مجال البناء ، لم يعد رب العمل في عقد المقاولة هو بالضرورة المستفيد من البناء أو المنتفع الحقيقي به ، وقد يحدث ذلك في حالة :

1- المقاول البائع للبناء :

أي لما يتولى المقاول عملية البناء بنفسه و لحسابه دون الإرتباط مع أحد بعقد مقاولة بقصد بيعه للغير سواء أبرم البيع بعد اتمام البناء أو حتى قبل ذلك ، ففي هذه الحالة لا يمكن القول بأن المشتري خاف خاص لرب العمل في عقد المقاولة ، ومنه هذا المشتري لا يجوز له الإستفادة من أحكام الضمان الواردة في المادة 554 ق.م.ج في رجوعه على المقاول ، رغم أنه مالكا للمبنى وقت تهدمه أو ظهور عيب يهدد سلامته.

2- حالة ارتباط المهندس أو المقاول متولي عملية البناء مع مالك العقار لكن بعقد آخر غير عقد المقاولة و بالتحديد عقد وكالة أو عقد تمويل عقاري:

فهنا لا يمكن القول بأن مالك البناء نفسه ، و من باب أولى خلفه العام أو الخاص يستطيع الاستفادة من أحكام الضمان الخاص طبقا للمادة 554 ق.م.ج و ذلك لعدم وجود عقد مقاولة أصلا ، هذا فيما يتعلق بالقانون الجزائري على خلاف ما جاء به القانون الفرنسي (2).

---

(1) د. ياسين عبد الرزاق حسين ، المرجع السابق ، بند 186 ، ص 211 .

(2) د. محمد ناجي ياقوت ، المرجع السابق ، ص 79

أما في القانون المدني الفرنسي وتعديلا للمواد 1792 و 1246 ، 1731 ، جعـل مالـك العقار في الحالات المذكورة ، يستفيد من دعوى الضمان العشري ضـد المهنـدس أو المقاول بغض النظر عن ارتباطه مع أحدهما بعقد مقاولة ، قصد توفير حماية قانونيـة كاملة لرب العمل ، ليس في عقد المقاولة فحسب بل ولجميع الأشـخاص المسـتفدين بالعقار المشيد طول مدة الضـمان الخاص متى ارتبطوا بالمعمـاري بأحـد العقـود الأخرى المحددة على سبيل الحصر : " البيع ، الوكالـة " وغيـر هـؤلاء لا يمكـنهم الرجوع على المعماري المتسبب فيما لحق بهما من ضرر وفقـا لمسـؤولية القواعـد الخاصة وإنما يجب عليهما للرجوع عليه سلوك طريق المسؤولية التقصيرية أي إثبات الخطأ في جانب المدعى عليه [1] .

---

(1) د .محمد ناجي ياقوت ، المرجع السابق ، ص80 .

المبحث الثاني

من حيث محل الضمان

سبق أن بينا من خلال المبحث الأول النطاق الشخصي لمجـال تطبيـق أحكام الضمان العشري ، ومدى إمكانية توسع دائرة أطراف هـذا الضـمان ، نظـرا للتطورات الكبيرة والسريعة التي تحدث في مجال التشييد و البناء ، وسـنحاول مـن خلال هذا المبحث دراسة النطاق الموضوعي وأحكام هذا الضمان ، فبالإضـافة إلـى النطاق الشخصي الذي ينحصر فيه له، أيضا نطاق موضوعي محدود يقتصـر علـى دائرة معيـنة سنحاول رسمها من خلال النصوص التشريعية المنظمة لأحكـام هـذه المسؤولية الخاصة طبقا للمادة 554 ق.م.ج [1].

ويتضح من عرض هذا النص أن هناك أعمال وأضرار تشكل محلا ترد عليـه أحكام هذه المسؤولية التي تشكل في مجموعها إذا تحققت خلال مـدة معينـة ، سـبب تطبيق هذا الضمان ، بمعنى لكي يتمكن المستفيد من الرجوع به - بالضمان - علـى المسؤولين ، لا بد من توافر بعض الشروط والتي حصرها المشرع الجزائـري فـي المادة 554 ق.م.ج ، وما بعدها .

ولابد لتحقق الضمان العشري وقيام المسؤولية الخاصـة للمهنـدس المعمـاري ومقاول البناء من توافر شروط معينة تستخلص من النصوص التشريعية (المـادة 554 ق م ج و ما بعدها) ، وهي تلك التي تشكل محل الضمان إذ منها ما يتعلـق بإلزاميـة وجود عقد المقاولة الوارد على المباني والمنشآت الثابتة ، معنى تعلقه بعملية التشييد ، ومنها ما يتعلق بتسلم العمل المنجز مقبولا من طرف رب العمل ، ومنهـا أيضـا مـا يرتبط بما قد يصيب تلك المباني والمنشآت من تهدم أو عيوب على درجة من الخطورة ، مما يهدد متانة وسلامة البناء ، وأخيرا أن يقع هذا التهدم أو ظهور هذا العيب خلال مدة عشر سنوات من يوم التسليم وهذا ما سنعالجه بشكل مفصل من خلال مايلي :

---

(1) تنص المادة 554 ق.م.ج " يضمن المهندس المعماري و المقاول متضامنين ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلي أو جزئي فيما شيداه من مبان أو أقاماه من منشآت ثابتة أخرى ولو كان التهدم ناشئًا عن عيـب فـي الأرض ويشمل الضمان المنصوص عليه في الفقرة السابقة ما يوجد في المباني والمنشآت من عيوب يترتب عليهـا تهديد متانة البناء وسلامته " .

المطلب الأول

حـدوث تهـدم البـناء

أو ظهور العيب على درجة من الخطورة

يستفاد من نص المادة 554 من القانون المدني الجزائري أنه يشترط وقوع أضرار بالمباني المشيدة لتطبيق أحكام المسؤولية الخاصة ، وهذه الأضرار قد تتمثل في حدوث تهدم كلي أو جزئي في البناء أو تتمثل في ظهور عيب يلحق بالعقار يترتب على وجوده تهديد متانة البناء وسلامته أو جعله غير صالح للهدف الذي أنجز من أجله ، وعليه نفضل معالجة هذا الفرع في نقطتين :

نخصص الأول لما يحدث في البناء أو المنشآت الثابتة االأخرى من تهدم كلي كان أو جزئي .

أما النقطة الثانية ندرس من خلالها العيب الموجب لتطبيق أحكام المسؤولية الخاصة وشروطه .

1- التهدم الذي يحدث في البناء أو المنشأ الثابت الآخر .

2- العيوب الموجبة لتطبيق أحكام الضمان .

إن طبيعة التزام المقاول أو المهندس هو إلتزام بتحقيق نتيجة هي بقاء البناء الذي شيده سليما ومتينا لمدة عشر سنوات بعد تسليمها وأن الإخلال بهذا الإلتزام يقوم بمجرد عدم تحقق تلك النتيجة ، أي أن الضمان يتحقق بمجرد حدوث التهدم الكلي أو الجزئي في البناء أو ظهور عيب به يترتب عليه تهديد متانته وسلامته ولا يستطيع المقاول أو المهندس المعماري التخلص من الضمان إلا بإثبات السبب الأجنبي كما سنرى لا حقا .

الفرع الأول : تهدم الأعمال:

لا يسأل المهندس المعماري والمقاول مسؤولية القواعد الخاصة عن كل أنواع الأضرار التي تصيب المباني و المنشآت التي أقاماها ، بل تقتصر مسؤوليتهما طبقا للمادة 554 ق.م.ج ، على الأضرار الخطيرة وحدها ويكون الضرر خطير ليس فقط في حالة التهدم الكلي أو الجزئي في المباني والمنشآت بل أيضا في حالة تهديد متانة البناء وسلامته ، لهذا سنتطرق أولا لتعريف التهدم وشروطه .

1 ـ تعريف التهدم وأسبابه:

تهدم البناء هو تفككه وانحلال الرابطة التي تربط ين أجزائه أو انفصـاله عـن الأرض ، هذا الانفصال قد يصيب البناء بأكمله أو جزء منه ، كسقوط جزء من السقف ولا يهم في انحلال الربطة وانفصالها أن يكون بسبب عيب في عملية التشييد والبنـاء ذاتها كعدم مراعاة أحكام ربط أجزاء البناء ومكوناته بعضها ببعض أو كما قد يكـون العيب في عملية التشييد والبناء راجعا إلى عدم مراعاة الترتيب الزمني بين العمليـات المختلفة المكونة للبناء . بحيث لم تأخذ عملية من العمليات الزمن الكافي لتمام جفافهـا واكتمال صلابتها مما يقوي تماسكها ، كما قد لا يكون سبب تفكك أجزاء البنـاء إلـى عيب في عملية التشييد والبناء ذاتها بل راجع لعيب فـي المـواد نفسـها المسـتعملة فيه كأن تكون غير صـالحة لـ ـتأدية الغـرض المقصـود مـ ـنها ، أو تـ ـكون من صنف رديء .

وقد يكون سبب التفكك هذا ناتج عن عيب في الأرض ذاتها [1] ، المقام عليهـا البناء أو المنشأ الثابت الآخر ،بأن تكون غير صالحة كليا أو جزئيا للبناء سواء بسـبب طبيعتها التكوينية أو لأي سبب آخر شريطة أن يكون عيب الأرض بالإمكـان كشـفه وإذا إستحال ذلك كان من قبيل القوة القاهرة لا يسأل المهندس عنه .

ومنه فالتهدم المقصود هو التهدم غير الإرادي الراجع لسوء الصنعة أو لسـوء المواد المستعملة كما سبق توضيحه ،إذ تفترض مسؤولية المـقاول أو المهندس بمجرد حدوث التهدم دون البحث في السبب الناجم عنه إلا أنه يمكن دفع المسـؤولية بإثبـات السبب الأجنبي كما سيأتي توضيحه لا حقا.

كما قد يكون سبب التهدم عيب في التصميم ذاته لعدم مراعاة الأصول الفنية في وضعه طبقا لأصول الهندسة المعمارية ، وفي هذه الحالة يكون الـمهندس المعـماري

---

(1) وهو الضمان المقرر في المادة 554 /1 ق.م.ج ، فإلتزام المقاول والمهندس الوارد في هذه المادة هو التـزام بنتيجة هي بقاء البناء المشيد سليما ومتينا لمدة عشر سنوات بعد تسلمه ومنه يثبت الإخـلال بهـذا الالتـزام بمجرد إثبات عدم تحقق تلك النتيجة دون حاجة لاثبات خطأ ما .

الذي قام بوضع هذا التصميم المعيب مسؤولا دون المقاول أمام رب العمل عـن هـذا التهدم طبقا لنص المادة 555 ق.م.ج ،إلا إذا كان بإمكان المقاول كشف هذا الخطأ في التصميم ولم ينبه رب العمل أو المهندس عنه وهذا يجعله مسؤولا بالضمان في مواجهة رب العمل [1].

2 ـ مدى توافر شروط التهدم :

طبقا لصريح نص المادة 554 ق.م.ج ، تكـون أحكـام المسـؤولية الخاصـة بالمهندس المعماري والمقاول محلا للتطبيق بمجرد حدوث التهـدم بالبنـاء أو المنشـأ الثابت الآخر سواء كان هذا التهدم كليا أو جزئيا ، كتهدم شرفه أو جـدار ، ومنـه لا يشترط التشريع الجزائري شروط معينة لا بد من توافرها في التهـدم سـواء كليـا أم جزئيا، وسواء كان مستند في أساسه إلى سبب مادي أو قانوني كاف لقيام المسـؤولية الخاصة ، شريطة أن يحدث التهدم خلال مدة الضمان وألا يكون راجع لسبب أجنبـي يقطع علاقة السببية بين الفعل المادي وخطأ المهندس أو المقاول .

الفرع الثاني : محل التهدم (ضرورة وجود عقد وارد على المباني والمنشآت الثابتة الأخرى):

هذا الشرط يتفرع بدوره إلى عدة جوانب ، إذ يتطلب وجود عقـد وهـو عقـد مقاولة ، ومع رب العمل الذي يتم البناء لحسابه ، وهو ما سنتناوله في نقطة أولـى ، والجانب الثاني يتطلب أن يتعلق الأمر بعملية التشييد ، وأن تكون الأعمال المشيدة من قبيل المباني أو المنشآت الثابتة وهذا ما سنتناوله في نقطة ثانية .

ومن بين هذه الشروط أن يكون عقد المقاولة مع رب العمل بإعتباره هـو مـن يثبت له هذا الضـمان ، وعلى أن ينصب على إقامة المباني والمنشآت الثابتة الأخرى أما الشروط الأخرى مستنبطة من موقع المواد التي تنظم هذا الضمان العشـري فـي القانون المدني الجزائري باعتبارها وردت في الباب المتعلق بالعقود الواردة على العمل وبالتحديد في الفصل الأول الذي ينظم عقد المقاولة ، وهكذا نتناول هذا الشـرط فـي نقطتين :

---

(1) د . عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، الجزء 7 ، بند 62 ، ص 113 و د. ياسين عبد الـرزاق حسين ، المرجع السابق ، ص 700 .

1- ضرورة وجود عقد مقاولة مع رب العمل:

يشترط في الشخص الذي يمكن الرجوع عليه بمقتضى مسؤولية القواعد الخاصة أو الضمان الخاص طبقا لنص المادة 554 ق.م.ج ،وما بعدها أن يكون مرتبط مع رب العمل بعقد مقاولة ، وهذا راجع لموقع هذه النصوص التشريعية في الفصل المخصص لتنظيم عقد المقاولة ، إذ يفهم من ذلك ضمناً أن طرفي الضمان لا بد أن يكونا مرتبطان بعقد مقاولة ، أي بعقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئا أو أن يؤدي عملا ماديا لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر ، ولا يكفي مجرد وجود عقد مقاولة ، بل يجب أن يكون هذا العقد منعقد بين المسؤول ورب العمل .

لهذا سنتكلم بالتفصيل عن ضرورة وجود عقد مقاولة ، بمعنى إرتباط الضمان المعماري بعقد المقاولة ،بعد إعطاء تعريف هذا العقد وتبيان خصائصه (بصفة موجزة) ثم عن ضرورة انعقاد العقد مع رب العمل الذي سيتم العمل لحسابه ، وليس مع أي شخص آخر ممن تتوافر فيهم هذه الصفة دون أن يكون العمل لحسابه فعلا ، كالمقاول الأصلي عند ارتباطه بمقاولين فرعيين .

أ - تعريف عقد المقاولة وتبيان خصائصه :

عرفت المادة 549 ق.م.ج ، عقد المقاولة أنه « عقد يتعهد بمقتضاه المتعاقدين أن يصنع شيئا أو أن يؤدي عملا مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر».

ويؤخذ على هذا التعريف أنه غير ملم بكل خصائصه ، مما قد يؤدي بنا إلى الخلط بينه وبين عقد العمل ، لأن العامل في عقد العمل أيضا يؤدي عملا لقاء أجر يتعهد به المتقاعد الآخر، خاصة وأن المادة 549 ق.م.ج جاءت في مصدرة الباب التاسع المتعلق بالعقود الواردة على العمل ، ولأن التعريف الذي جاءت به المادة لم يبين الخاصية التي تميزه عن عقد العمل وهي استقلال المقاول عن رب العمل في تنفيذ العقد ، لذا عرف بعض الفقه عقد المقاولة بأنه « عقد يقصد به أن يقوم شخص بعمل معين لحساب شخص آخر في مقابل أجر دون أن يخضع لإشرافه أو إدارته » [1].

---

(1) د . محمد لبيب شنب ، المرجع السابق ، فقرة 6 ، ص 11، 12 ، 13 ، 14.

وكما نستخلص من هذه المادة خصائص هذا العقد المتمثلة في :

- أنه عقد رضائي بمعنى أن المشرع لا يشترط لإنعقاده شكلا خاصا به ، بـل تنعقـد بمجرد تراضي الطرفين سواء بالكتابة أو شفاهة ، فقد اشترطت هذه المادة أن يحصـل هذا الاتفاق كتابة إلا إذا كان العقد الأصلي قد اتفق عليه شفاهة [1] ، بل أن الكتابة فيـه ليست لإيجاده ، بل لإثباته فقط متى كانت ضرورية لهذا الإثبات [2] .

- وهو أيضا من عقود المعاوضة كون كل طرف في العقد ـ مقاول ورب العمـل ـ يأخذ مقابل لما يعطيه ، فالمقاول لا يقوم بالعمل المنوط له إلا قصد حصوله على مقابل وهو الأجر الذي يقدمه رب العمل ، وهذا الأجر الذي لا يدفعه هذا الأخير إلا مقابـل العمل الذي يؤديه المقاول .

- وهو أيضا من العقود التبادلية ملزم للجانبين ،إذ تترتب منذ نشأته التزامـات علـى عاتق كل من طرفيه ، فيقع على عاتق المقاول إنجاز العمل المطلوب منه ، ويلتزم رب العمل بدفع الأجر المستحق عن هذا العمل [3] .

- وأخيرا يعتبر عقد المقاولة من العقود الواردة على عمل ـ مادي ـ وهو صنع شيء أو أداء عمل ، وهذا هو الأمر الغالب أو الأداء الرئيسي في عقد المقاولة رغم أن هـذا العمل يتم مقابل أجر ، سواء يقوم المقاول أو المهندس المعماري بأعمال ذهنية لازمـة لأداء عمله ، كإجراءات الحسابات التي يقتضيها تنفيذ العمـل أو أن يتضـمن أداء أي منهما تصرف قانوني كنقل ملكية المواد التي يوردها لرب العمل ، إنما تعتبر من قبيل الأعمـال الماديـة ، فـإن الإعتـداد فـي وصـف العقـد إنمـا يكـون بـالأداء الرئيسي [4] ، والأعمال الأخرى تعتبر أعمال تبعية له ـ للأداء الرئيسي ـ وبالتـالي فلا يتغير بذلك وصف العقد من المقاولة إلى الوكالة .

بالإضافة إلى أن المقاول أو المهندس المعماري عند تأديته لعمله إنما يفعل ذلك بإسمه الخاص مستقلا عن إدارة وإشراف رب العمل ، أي دون تدخل من جانب هـذا الأخير في تحديد كيفية التنفيذ أو في إختيار الوسائل اللازمة لتحقيق النتيـجة المتـفق

---

(1) د . فتيحة قرة ، المرجع السابق ، ص 18 ، 19 .

(2) د . ياسين عبد الرزاق حسين ، المرجع السابق ، ص 85 .

(3) (4) د . فتيحة قرة ، نفس السابق ، ص 19 و ما بعدها.

عليها ، بمعنى أن عقد المقاولة يرد على العمل بإعتبار نتيجته لا على العمل بذاته وهذه هي الخاصية التي تميزه عن عقدي العمل والوكالة ، فمتى توافرت هذه الخصائص في عقد من العقود أعتبرت مقاولة أيا كانت طبيعة العمل المطلوب القيام به [1].

وقد أبرزت هذه التفرقة البسيطة المختصرة بين عقد المقاولة وبعض من العقود المشابهة له ، حتى لا نمر عليها مرور الكرام ونترك الكثير مـن التفصـيل المتبقـي المتعلق بعقد المقاولة للدراسات المتخصصة بشأنها .

ب - ارتباط الضمان المعماري بعقد المقاولة :

نص المادة 554 ق.م.ج ، صريح في قيام مسؤولية القواعد الخاصة أو الضمان المعماري بين المتعاقدين المرتبطين بعقد مقاولة ، ومن ثمة لا يمكن إثارة أحكام هـذا الضمان إلا في حالة وجود هذا العقد ، ومن هنا تبدو الأهمية القانونية قبل إعتبار أحـد المتعاقدين مسؤولا بمقتضى هذا الضمان ، التثبت أولا من صحة التكييف القانوني لمثل هذا العقد المطلوب الرجوع على أساسه [2] ،فلا يجوز الرجوع بمقتضى هذا النظـام إذا تبين أن العقد غير عقد المقاولة كعقد وكالـة أو بيـع - كمـا سـبق الإشـارة إليـه أو عقد عمل .

و يكمن جوهر عقد المقاولة في أن المقاول يعمل مستقلا طبقا لشـروط العقـد المبرم مع رب العمل ، أما إن كان خاضع لرقابة هذا الأخير فإن العلاقة تكون علاقـة عمل ولا مجال للحديث عن الضمان المعماري ، بل تقوم مسؤولية رب العمل كمتبوع عن فعل التابع -كما سبق الإشارة إليه- .

كما لا يطبق الضمان المعماري على عقود البيـع فـي حالـة بيـع المقـاول أو المهندس المبنى فيرجع المشتري على البائع بدعوى ضمان العيوب الخفية [3] .

طبقا لنقض المحكمة المصرية فإن " ضمان المهندس المعماري لتهـدم البنـاء وللعيوب التي تهدد سلامته أساسه المسؤولية العـقدية المنصوص عليها في الـقانون

---

(1) راجع في هذا المفهوم د . محمد لبيب شنب ، المرجع السابق، ص 13 ، فقرة 7.

(2) د . محمد ناجي ياقوت، المرجع السابق، ص 26 .

(3) د . منصور محمد حسين ، المرجع السابق ، ص 69 " إلا أنه بإمكان المشتري الرجـوع بـدعوى الضـمان المعماري بوصفه خلفا خاصا على من شيد البناء ،فإذا كان البائع هو الذي شيده فإن الرجوع عليه يكون بوصـفه مقاول لا بائع ".

المدني ، فهو ينشأ عن عقد مقاولة يعهد فيه رب العمل إلى المهندس المعماري القيـام بعمل لقاء أجر ، فإذا تخلف عقد المقاولة فلا يلتزم المهندس المعماري قبل رب العمـل بهذا الضمان ، وإنما تخضع مسؤوليته للقواعد العامة في المسؤولية المدنية " [1].

ونظرا لإرتباط الضمان بالمسؤولية العقدية أي بعقد المقاولة ، فإنه لا يقوم إذا لم يكن هناك عقد ، كأن تكون العلاقة بين رب العمل والمقاول من علاقات المجاملـة أو كأن يكون العقد باطلا أو حكم بإبطاله ، ففي هذه الحالات تطبق القواعد العامـة فـي المسؤولية التقصيرية بين الأطراف ،بينما يقوم الضمان بالنسبة للجزء من البناء الـذي تم تنفيذه (مع التضامن مع من أتم البناء) في حالة فسخ العقد واعتباره كأن لم يكن أو انحلال العقد من تاريخ إنهائه لأن المسؤولية في هذه الحالة تكون عقدية سـببها عـدم تنفيذ العقد الذي قام صحيحا قبل فسخه [2].

أ - ضرورة أن يكون العقد مبرما مع رب العمل :

بعد أن إنتهينا إلى أنه لا بد من وجود عقد مقاولة لتطبيق الضمان العشـري إلا أن هذا وحده لا يكفي ، فيجب التوصل إلى الشخص الذي يجب أن يكون منعقدا معـه هذا العقد ، بالمقابل للمهندس المعماري أو المقاول أو كليهما ، وذلك تطبيقا للنصوص القانونية المنظمة للمسؤولية الخاصة .

* فبالرجوع مثلا للمادة 550 ق.م.ج ، وما بعدها التي تنظم التزامات المقاولـة تقضي بأنه "يجوز للمقاول أن يقتصر على التعهد بتقديم عمله فحسب على أن يقدم رب العمل المادة التي يستخدمها ... ".

* والمادة 551 ق.م.ج « إذا تعهد المقاول بتقديم مادة العمل كلهـا أو بعضـها كان مسؤولا عن جودتها وعليه ضمانها لرب العمل » .

---

(1) د . منصور محمد حسين ، المرجع السابق، ص 68 و د . محمد نـاجي يـاقوت، المرجـع السـابق، ص 29.هامش 28 نقض 27-11-1973 ، س 24 ، ص 1146 .

-راجع في نفس المعنى في القضاء الفرنسي،نقض مدني فرنسي 9-3- 1949،ج. ك.ب .سنة 1949، 2 ، 4826.

" حيث قضى برفض تطبيق المسؤولية العشرية الواردة في المادتين 1792و 2270 مدني فرنسي علـى المهنـدس المعماري الذي قدم لرب العمل مشورة فنية مجانية فيما يتعلق بطبيعة التربة المراد إقامة البناء عليهـا ، دون أن يثبت وجود عقد مقاولة " .

(2) د . منصور محمد حسين ، المرجع السابق، ص70 ، هامش 86 ،عن د . جلال العدوي ، مصادر الالتـزام ، ص 250.

* والمادة 558 ق.م.ج " عندما يتم المقاول العمل ويضعه تحت تصـرف رب العمل وجب على هذا الأخير ..." .

* والمادة 553 ق.م.ج « إذا ثبت أثناء العمل أن المقاول يقوم به علـى وجـه معيب أو مناف للعقد جاز لرب العمل أن ينذره بأن يعدل عن طريقة التنفيذ خلال أجل معقول يعينه له ، فإذا انقضى الأجل دون أن يرجع المقاول إلى الطريقة الصحيحة جاز لرب العمل أن يطلب إما فسخ العقد ...» .

يتضح لنا من خلال النصوص التي تنظم عقد المقاولة ، أن الطرف الثاني في عقد المقاولة المشترط لقيام المسؤولية الخاصة هو رب العمل الذي يتم العمل لحسـابه فعلا ، وعلى ذلك ، فإن المقاولين الفرعيين وغيرهم من الفنيين ، الذين لـم يتعاقـدوا مباشرة مع رب العمل الأصلي ، والذين يشاركون بدور معين فـي عمليـة البنـاء لا يخضعون لمسؤولية القواعد الخاصة في علاقتهم مع رب العمل الأصلي وذلك لتخلـف هذا الشرط (إذ لا توجد علاقة عقدية فيما بينه وبينهم) [1] ومنه يتضـح لنـا أن عقـد المقاولة يجب أن يكون مبرما مع رب العمل ، الذي تقتصـر عليـه أو علـى خلفـه الاستفادة من أحكام هذه المسؤولية الخاصة [2] ،كما نصت الفقرة الأخيرة مـن نـص المادة 554 ق.م.ج « ولا تسري هذه المادة على ما قد يكون للمقاول من حق الرجوع على المقاولين الفرعيين » . فقد أراد المشرع بوضعه لهذه الفقرة رفع اللـبس الـذي يمكن أن يقوم بين العلاقة التي تجمع رب العمل والمقاول الأصـلي بإعتبـار أن هـذا الأخير تتوافر له صفة رب العمل بالنسبة للمقاولين الفرعيين في علاقتهما - وإن كان لا يتم العمل لحسابه فعلا - مما قد توحي بتطبيق أحكام الضمان الخاص علـى هـذه العلاقة .

ومنه فلا تنطبق أحكام المسؤولية الخاصة في علاقة المقاولين الفرعيين بالمقاول الأصلي الذي يعتبر في مركز رب العمل بالنسبة لهم وعلى الرغم مـن وجـود عقـد مقاولة بينه وبينهم .

---

(1) د . محمد ناجي ياقوت ، المرجع السابق ، ص 31 ، د . ياسين عبد الرزاق حسين ، المرجع السـابق ، ص 135 ،" ومع ذلك يجوز لرب العمل أن يرجع عليهم مباشرة بمقتضى قواعد المسـؤولية التقصـيرية إذا تـوافرت شروطها "، أنظر د . محمد لبيب شنب ، المرجع السابق ، بند 105 ، ص 123 .

(2) د .محمد لبيب شنب ، المرجع السابق ، بند 105 ، ص 122.

فالمسؤولية الخاصة جاءت حماية لرب العمل الذي لا يمكن اعتباره في مستوى المهندس المعماري أو المقاول من الناحية الفنية ، أما المقاول والمقاول من الباطن فهما من الناحية الفنية متساويان ، فلا حاجة لإستحداث مسؤولية استثنائية فيما بينهما[1].

2- ارتباط الضمان المعماري بالمباني والمنشآت الثابتة الأخرى :

طبقا لنص المادة 554 ق.م.ج ، فإن المشرع لم يقصد أي عقد مقاولة ، وإنما عقد معين من عقود المقاولات هوذلك الذي يكون موضوعه منصب على تشييد البناء ، أو إقامة منشآت ثابتة أخرى ، بمعنى أن المشرع وضع شرط آخر لتطبيق أحكام المسؤولية الخاصة بالمهندس المعماري ومقاول البناء ، فإذا كان موضوع عقد المقاولة غير أعمال التشييد والبناء كأن يتعلق بأعمال معمارية أخرى من الأعمال التي يمكن أن يؤديها المهندس المعماري أو المقاول لحساب رب العمل أو مالك البناء ، فلا يمكن تطبيق أحكام المسؤولية الخاصة ، لذلك يلزم لدراستها من خلال نقطتين :

- ضرورة تعلق الأمر بعملية التشييد.
- أن تكون الأعمال المشيدة من قبيل المباني والمنشآت الثابتة الأخرى .

أ ـ ضرورة تعلق الأمر بعملية التشييد:

طبقا للمادة 554 ق.م.ج ، يجب أن تدخل الأعمال التي يؤديها المعماري بحسب طبيعتها ضمن دائرة أعمال البناء والتشييد ، التي يتحدد بها نطاق تطبيق أحكام المسؤولية الخاصة ، إذا يجب أن يتعلق الأمر بعملية التشييد أو إقامة منشآت ثابتة أخرى .

---

(1) د . محمد ناجي ياقوت ، المرجع السابق ، هامش 33 ، ص 31 و د. ياسين عبد الرزاق حسين ، المرجع السابق ، ص 132و 135 .

" لقد برر هذا الحكم في لجنة الشؤون التشريعية المصرية لمجلس النواب بما يأتي:" أما المقاول و المقاول من الباطن فهما من الناحية الفنية متساويان فليس هناك إذن حاجة لإستحداث مسؤولية استثنائية فيما بينهما"، عن مجموعة الأعمال التحضيرية الخامسة، ص 23 ، د.عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج 1/7 ، بند 60 ، ص 106 ، هامش 2 .

كما أشار المشرع الفرنسي في أحكامه إلى ضرورة أن تكون هناك عملية تشييد حتى تخضع مسؤولية المقاول أو المهندس لأحكام الضمان العشري [1] .

ولقد ثار التساءل عما إذا كان المقصود بأعمال البناء والتشـييد هـو المفهـوم الضـيق بحيث ينحـصر في أعمال البدء في تشيـيد المـباني والمنـشآت الجديـدة فقط دون الأعمال المـعمارية الأخرى ، أم هو المفهـوم الواسـع يـشـمل أيضـا الأعمال المـعمارية التي لا تندرج تحت فـكرة إنـشاء أو إقامة بـناء جديد ،والتـي تغطيها أيضا مسؤولية القواعد الخاصـة ، كأعمـال التعلـية [2] ، والتـعديل [3]، والترمـيم [4]، والتدعيم [5]، والتجديد وتوسعه أو إعادة تشـييد المبـاني أو المنشـآت الموجودة .

ومن المسلم به الأخذ بالمفهوم الواسع لأعمال التشييد والبناء [6]، إلا أنه هنـاك من الأعمال المعمارية التي لا يمكن إدراجها تحت هذا المفهوم الواسع فتستبعد أعمـال الهدم وأعمال الصيانة البسيطة ، وأعمال البياض و الزخرفة لأنهـا أعمـالا لا تهـدد سلامة البناء أو متانـته أصلا ، كما أنها لا تعد من قبـيل أعمال التشـييد والبناء .

---

(1) د . محمد شكري سرور ، المرجع السابق ، ص 232 .

" لما طرحت على القضاء مسؤولية المهندس عن الخطأ الذي ارتكبه في شأن ترميم عمارة قديمـة أيـدت محكمـة النقض الفرنسية حكم الاستئناف الصادر فيها والذي كان قد طبق على هذا الخطأ أحكام المسـؤولية العقديـة طبقـا للقواعد العامة ولم تثر مسألة الضمان العشري ".

(2) ويقصد بتعلية البناء الزيادة والإضافة في عدد الطوابق على البناء القائم من قبل ، ويلاحظ الدكتور سـرور أن فكرة الإنشاء الجديد تشمل أعمال التعلية ، بإضافة الأدوار مثلا إلى مبنى سابق التشييد (أنظر في ذلك وفي مـا قـد تثير أعمال التعلية من مشكلة في المرجع السابق للدكتور شكري سرور ، ص 113 ، بند 188) .

(3) التعديل يقصد به تعديل معالم البناء أو تغيير الغرض المعد من أجله بتحويله مثلا مـن مسـكن إلـى متجـر أو تحويل شقة واحدة إلى عدة شقق مستقلة .

(4) يقصد به الربط بين أجزاء البناء أو إزالة الشروخ الموجودة فيه - واستبدال الدروج المتداعية .

(5) يقصد بتدعيم المبنى تقوية البناء ، مثل هدم جدار متصدع ثم إعادة بناءه من جديد لتقوية المبنى كله ، راجع في ذلك د . محمد ناجي ياقوت ، المرجع السابق ، ص 93 ، هامش 195و 196 و 197 و 198 .

(6) وهو ما استقر عليه الفقه والقضاء الفرنسي ، راجع ، د . محمد ناجي ياقوت ، المرجع السـابق ، ص 94 . و أنظر في تبرير ذلك ، د . ياسين عبد الرزاق حسين ، المرجع السابق ، ص 666 إلى غاية 669 .

وإنما يخضع العقد في هذه الحالة للقواعد العامة في المسؤولية العقدية [1] .

ب ـ أن تكون الأعمال المشيدة من قبيل المباني أو المنشآت الثابتة الأخرى :

يتضح من صراحة النصوص أن الأعمال المعمارية تشكل محلا ترد عليه أحكام هذه المسؤولية الخاصة بالمهندس المعماري ومقاول البناء ، قد تكون هـذه الأعمـال تشييد مباني أو إقامة منشآت ثابتة أخرى .

ب/ 1 تشييد المباني:

السؤال المطروح ما هو البناء الذي يشكل تشييده جزء هام مـن محـل سـريان أحكام المسؤولية الخاصة ؟ قيلت تعريفات عديدة للبناء منها .

* تعريف بلانيول وريبر وبيكارد :

« Tout Assemblage de Matériaux consolidé à demeure , soit à la surface du sol , soit à l’interieur » . [2]

* تعريف الدكتور عبد الرزاق السنهوري : « مجـموعة من الـمواد أيا كان نوعهـا ـ خشبا أو جيرا أو جبسا أو حديدا أو كل هذا معا أو شيئا غير هـذا ـ شـيدتها يـد إنسان، لتتصل بالأرض إتصال قرار » [3] .

كما يقصد بالمباني : « كل ما يرتفع فوق سطح الأرض من منشآت ثابتـة مـن صنع الإنسان ، بحيث يستطيع الفرد أن يتحرك بداخلها ، وأن يكون من شأنها أن توفر له حماية ، ولو جزئية ضد المخاطر الناتجة عن المؤثرات الطبيعيـة الخارجيـة » [4]، مثال ذلك ، المنازل و الفيلات والعمارات والمـدارس والمستشـفيات والمستوصـفات والمسارح والمصانع والمتاجر والمخازن والمساجد والمعابد ، أيا كانت المـواد التـي شيدت منها طالما أن المبنى مستقر ثابت في مكانه ومتصل بـالأرض إتصـال قـرار بحيث لا يـمكن نقله دون هدم أو تلف ، وبالمفهوم المخالف فإن البـيوت القابلة للفك

---

(1) راجع في ذلك ، د . محمد شكري سرور ، المرجع السابق ، ص 213، بند 188. و د ، محمد لبيب شـنب ، المرجع السابق ، بند 105 ، ص 134 .

(2) Planiol et Ripert Traité Ppratique de Droit Civil Français 3 ed .1952 .p76.

(3) د . عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج 1 ، طبعة 1964 ، بند 714 ، ص 1213 .

(4) تعريف وارد في اللائحة التنفيذية الصادرة في 17 نوفمبر 1978، في شأن تحديد نطاق التأمين الاجباري مـن مسؤولية المعماريين ، في المادة (أ،241،2) من تقنين التأمين الفرنسي ، راجع في ذلك ، د . محمد ناجي يـاقوت المرجع السابق ، ص 83 ، هامش 171 ، بند 32 .

والتركيب والتي يمكن نقلها بسهولة دون تلف ، لا تتوافر فيها صفة المبـاني بـالمعنى المقصود[1] ، فغير هذه الأعمال تدخل المباني على تنوعها في نطاق تطبيق مسـؤولية القواعد الخاصة ماعدا بعض الاستثناءات التي شاهدت جدال فقهي سنحاول التطرق لها بإختصار فيما يلي:

فالقانون الفرنسي الجديد رقم 12 المؤرخ في 4 يناير 1978 المتعلق بالمسؤولية والتأمين في مجال أعمال البناء،استحدث نوعا جديدا من مسـؤولية القواعـد الخاصـة يغطـي المـسؤولية الناشـئة عن الأعـمال المتعلقة بالـعناصر التجهيزية الملحـقة بالـمباني les élément d'équipement ، بحيث لم تعد المباني وحدها تدخل في نطاق الأشياء محل الأعمال الخاضعة للمسؤولية الخاصة طبقا للقانون الفرنسي الحالي ، بحيث أصبح يدخل معها منذ 1 يناير 1979 ، بعض المنقولات بطبيعتها التي تعد من العناصـر التجهيزيـة للمبنى رغم قابليتها للإنفصال عنه دون تهدم أو تلف[2] ، مثال ذلك الأجهزة الميكانيكيـة أو الكهربائية التي يتولى المقاول بتركيبها في المبنى كما تسلمها من المنتج ، كالمصاعد الكهربائية وأجهزة التكييف المركزية والأبواب والنوافذ ...الخ.

ويبرر هذا التوسع في مفهوم المبنى رغم العناصر التجهيزية فـي البنـاء تعـد مـن المنقولات بطبيعتها لكنها تهدف تمكين المنتفع بالمبنى من استعماله واستغلاله على نحو يحقق له أفضل اسـتفادة ممكنة من العناصر التأسيسية في البناء،فهذا ما يبرر إخضاع المسؤولية الناشئة عن الأعمال المتعلقة بتلك العناصر التجهيزية لأحكـام المسـؤولية الخاصة ، رغم أنها منقولات قابلة للانفصال بطبيعتها عن المبنى دون تلف، كما أصبح يدخل في دائرة الضمان ما كان يستبعده القضاء الفرنسي من قبل،ولكن يجب الـتحفظ في ذلك ، بسبب التطور التقني في مجال البناء ، فأصبح من الممكن إنشاء ونقل المباني دون تلف وهي ما تعرف بالمباني سابقة التجهيز أو سابقة التصنيع[3] .

---

(1) د . محمد ناجي ياقوت ، المرجع السابق ، ص 83 .

(2) د . محمد ناجي ياقوت ، المرجع السابق ، ص 86 ، بند 33 .(مع مراجعة ذلك بالتفصيل في الفقرة 53)

(3) د .منصور محمد حسين ، المرجع السابق ، ص 72 . و ، د . محمد ناجي ياقوت ، المرجع السابق ، ص 84

"إذا يقصد بتلك المباني،تلك التي يتم تصنيعها خارج موقع العمل بمعرفة متخصصين،ثم تثبت فـي الأرض بموقـع العمل على نحو يجعل من الصعب نقلها من مكانها دون إتلافها أو تهدمها،إذ تعد مـن قبيـل المبـاني الخاضـعة لمسؤولية القواعد الخاصة.أنظر في ذلك المعنى،حكم محكمة النقض الفرنسية(مدني في17-10-1973،دالـوز سـنة 1974،قسم المختصرات،ص 3،مازو،ف 1368-3،ص 802)راجع،د.محمد ناجي ياقوت،المرجع السابق،ص 84، هامش 174"

كما يجب التحفظ في القول باستبعاد العقارات بالتخصيص [1] ، باعتبارها من المنقولات غير الثابتة بحسب طبيعتها[2] ، وليست من قبيل المباني بالمعنى السابق أين يمكـن أن يؤدي تعيبها إلى تهديد سلامة البناء ، كأجهزة التكييف المركزية [3] .

وبالرجوع إلى صياغة نص المادة 554 من القانون المدني الجزائري أين جـاء عاما وشاملا لكل المباني دون تفرقة بنصها " ... فيما شيداه من مبان أو أقامـاه مـن منشئات ثابتة أخرى ولو كان التهدم ناشئا عن عيب في الأرض ... ".

ومنه فإن الضمان المعماري يتعلق بالمباني والمنشئات ، أيا كانـت طبيعتهـا ومكانها ـ فوق أو تحت سطح الأرض ـ والغرض منها وشكلها والمادة الداخلـة فـي تكوينها والشرط الوحيد هو أن تكون ثابتة يتحقق فيها عنصر الاستقرار والدوام .

ففي فرض تطبيق هذا المفهوم الواسع للمباني تأكيد الحماية القانونية اللازمـة لأرباب العمل ضد المخاطر والأضرار التي قد تترتب عن الإهمال في تركيب مثل هذه العناصر في المبنى ، مما يعيق أدائها لوظائفها على الوجه الأكمل .

وهذا ما يحث كل من له صلة بأعمال التشييد والبناء على بذل كل عناية وجهد ممكن في عمله ، هذا من جهة ومن جهة أخرى يقلل الحوادث التي قد تحـدث نتيجـة للإهمال في هذه الأعمال الثانوية للبناء [4].

ب2 ـ المنشئات الثابتة الأخرى غير المباني :

طبقا لنص المادة 554 ق.م.ج فإن أعمال البناء التي تغطيها المسؤولية الخاصة للمهندس المعماري والمقاول ، يمكن أن تتعلق بغير المبـاني مـن المنشـآت الثابتـة الأخرى ، فإلى أي مدى يمكن أن نوسع مفهوم المنشآت الثابتة الأخرى ؟.

---

(1) د . ياسين عبد الرزاق حسين ، المرجع السابق ، ص 672 .

(2) د . عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص 107 ، ف 61 .

(3) د . منصور محمد حسين ، المرجع السابق ، ص 73 ، هامش رقم 92 .

ـ خاص بأجهزة التكييف المركزية Civ . 12 Mai 1966 B.C III P.219

ـ خاص بالمساكن سابقة التصنيع Civ . 17 . Oct. 1973 B. 1974 . 3

(4) د . محمد ناجي ياقوت ، المرجع السابق ، ص 88 .

فبالرجوع إلى التشريع والفقه الفرنسي الحديث توسع فـي مفهـوم المنشـئآت الأخرى كثيرا ، إذ نلاحظ أن المشرع الفرنسي واستجابة منه للتطور العمراني الحديث وتعقد العمليات المعمارية وسع من نطاق الضمان ، ليشمل إلى جانب المباني بالمعـنى المعروف ، كافة أعمال ومنشئات الهندسـة المدنيـة Les Ouvrages de Genie Civil ومنه تخضع له كل أعمال البناء و التشييد مهما كانت طبيعتها أو الغـرض منها سواء سكنية أو تجارية أو صناعيةأو مهنية أو زراعية، ثقافية، رياضية ترفيهية وغيرها [1].

وكذا الفقه الفرنسي الحديث الذي أدخل فـي دائـرة الضـمان أعمـال إنشـاء الجسـور و حفر الآبار والسدود والأنفاق وإنشاء السكك الحديدية ، غير أنه اختلفـت الآراء فيما يتعلق ببعض المنشئات التي تكون في مسـتوى الأرض ، و أخـرى دون مستـوى الأرض [2]، كحفر الآبار و مواسر صرف المياه والقنوات وأنابيب الغـاز ، وإقامة الممرات تحت الأرض ، فذهب البعض لعدم اعتبارها من قبيل المنشئات الثابتة ومنه لا تخضع لأحكام المسؤولية الخاصة ،لكن غالبية الفقه أعتبرها من قبيل المنشئات الثابتة بإعتبار أنه بالمفهوم الواسع لا يشترط أن تكون المنشئات فـوق الأرض ، بـل يصح أن تكون تحتها أو في مستواها ، وهذا ما قننه المشرع الفرنسي عنـد إسـتعماله لمصطلح Ouvrage في الصياغة الجديدة للمادة 1792 من التقنين المدني بـدلا مـن كلمة Edifice [3]، على أن المقصود من حلول لفظ " عمل " محل لفـظ " بنـاء " هـو رغبة المشرع في التوسع في معنى البناء في هذا الصدد ليشمل إلى جانـب المبـاني والمنشئات الثابتة الأخرى كافة أعمال ومنشئات الهندسة المدنية على تنوعها كما سبق الإشارة إليه سابقا ، كما إمتد ليشمل كل أعمال الإنشاء والتشييد العقاري .

أما بالنسبة للقانون المدني الجزائري فقد جاءت العبارة عامة وشاملة مما يمكـن التوسيع في تفسيرها آخذين بذلك الإعتبارات العملية ، التي دفعت إلـى الأخـذ بهـذا التفسير الواسع في فرنسا للمقصود " بالمباني والمنشئات الثابتة الأخرى " .

(1) د . منصور محمد حسين ، المرجع السابق ، ص 71 ، ود.محمد شكري سرور ، نفس المرجع ، ص 218 و 219 بند 192 .

(2) راجع ذلك بكثير من التفصيل د . ياسين عبد االرزاق حسين ، المرجع السابق ، ص 685 ، بنـد رابـع إلـى غـاية ص 694 .

(3) د . منصور محمد حسين ، المرجع السابق ، ص 71 .

كما أقترح الدكتور محمد ناجي ياقوت [1] ،تعديل صياغة هذا النص بحيث تحل محـل عبارة " المباني والمنشئات الثابتة الأخرى " عبارة " الأعمـال العقاريـة "، لتحقيـق الغرض في تفسير الواسع لهذه الأعمـال . كمـا بـين القـرار الـوزاري المـؤرخ في 15 - 05 - 1988 [2] المقصود بالمباني والمنشآت الثابتة الأخرى بمفهومه ومدلولاته الواسعة.

المطلب الثاني

تعيب الأعمال الموجب لتطبيق الضمان

إن المسؤولية القواعد الخاصة للمهندس المعماري والمقاول المقررة في المـادة 554 ق.م.ج. لا تغطي كل ضرر يترتب على أعمالهما في مجـال التشـييد والبنـاء المعماري ، بل يشترط في الضرر المراد تغطيته بالضمان الخـاص مجموعـة مـن الشروط بعضها جاء بصريح النص يتصل بخطورة الضرر وبعضها الآخر مسـتوحي من القواعد العامة يتعلق بخفاء هذا الضرر - هذا بالإضافة إلى شرط حدوث الضرر في مدة الضمان وهذا ما نتناوله بالتفصيل في نقطة مستقلة ، وعلى ذلك فإن دراسة هذه النقاط يقتضي منا التعرض لها من خلال شرطين ، نخصص الأولـى منـه لدراسـة الشرط التشريعي وهو ضرورة أن يكون الضرر الذي يلحق بالعقار المشيد بناءا كـان أو منشأً ثابت آخر على درجة من الخطورة ، ثم نجعل الشرط الثاني لدراسة الشـرط الفقهي وهو خفاء هذا العيب.

الفرع الأول : أن يكون العيب على درجة من الخطورة :

إن الأضرار التي يشكل تحققها سببا لتطبيق أحكام هذه المسـؤولية الخاصـة لا يقتصر على التهدم الذي يحدث في البناء أو المنشأ الثابت الآخر كليا كان هذا التـهدم أو جزئيا ، وإنما يمتد ليشمل العيوب التي يمكن أن تشوب العقار الذي تم تشيـيده إلا أنه لم يؤخذ في ذلك بمطلق العيب ، إنما قيده بوصف معين مقتضاه أن يكون العيب

---

(1) د . محمد ناجي ياقوت ، المرجع السابق ،ص 91 .

(2) قرار وزاري المؤرخ في 15 - 05 - 1988 والمتضمن كيفية ممارسة ومكافأة مهنـة المهنـدس المعمـاري ، الجريدة الرسمية رقم 43 الصادرة في 26 - 10- 1988، المادة 23 في تعريف المباني والمنشئات الثابة الأخرى. عن المجلة القانونية في موضوع المسؤولية العشرية للمهندس والمقاول، جزء 33 ، سنة 95، ص 676 ،هامش 1 ، بقلم المهندس إبراهيم يوسف .

على درجة من الجسامة بمعنى يكون من الأضرار الخطيرة ويكون الضـرر خطيـرا طبقا للمادة 554 / 2 ق.م.ج [1]، ليس فقط حالة " التهدم الكلي أو الجزئي " في المبـاني وأيضا في حالة " تهديد متانة البناء وسلامته " ولو لم يقع تهدم بالفعل [2] ، بـل توسـع مفهوم شرط خطورة العيب ليدخل في نطاقه ما يترتب عليه من ضـرورة البنـاء أو المنشأ الثابت الآخر غير صالح لتحقيق الهدف المبتغى من تشييده و هكذا نبين في نقطة أولى كيف أن مظهر الخطورة يتمثل في تهديد متانة البناء أو المنشـأ الثابـت الآخـر وسلامته ، ثم نوضح كيف أن هذا المظهر يتمثل أيضا في أن يجعل البنـاء أو المنشـأ الثابت الآخر غير صالح لتحقيق الغرض الذي شيد من أجله .

1 : يجب أن يكون من شأن العيب تهديد متانة البناء وسلامتها :

سبق لنا وأشرنا إلى أن وجود العيب الذي يهدد متانة البناء أو المنشـأ الثابـت الآخرو سلامته ،كشرط موضوعي أو كموجب من موجبـات تطبيـق أحكـام هـذه المسؤولية الخاصة قد نص عليه صراحة في المادة 554 ق.م.ج ، في فقرتها الثانيـة ، إذ استعمل المشرع لفظ خاص هو " عيوب " و مقصوده من ذلـك أن لا يجعـل هـذا الضمان قاصرا على التهدم الفعلي كليا كان أو جزئيا ،إذ لا شـك أن تهـدم المبـاني أوالمنشآت تهدما كليا أو جزئيا أي إنحلال الرابطة التي تربط أجزائها الأساسية بعضها ببعض ، هو أخطر صور لأضرار التي يمكن أن تصيبها على الإطلاق على إثر خطأ أو إهمال مهني من جانب المعماري ، والتي يجوز أن تغطيها مسؤولية القواعد الخاصة دون جدال ، لكن النص التشريعي هذا عم بالقول بأن الخلل أو العيب في البناء الـذي يهدد متانة المبنى وسلامته ، يكفي وحده لقيام الضمان الخاص للمهندس المعمـاري أو المقاول وأنه ليس من الضروري أن يحدث التهدم بالفعل ، طالما أن الخلل الذي تـم إكتشافه في البناء من شأنه أن يعرض متانة هذا الأخير وسلامـته للخطر[3] ، إذ أراد

---

(1) تقضي المادة 2/554 ق.م.ج ، " ويشمل الضمان المنصوص عليه في الفقرة السابقة ما يوجـد فـي المبـاني والمنشآت من عيوب يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته ".

(2) د . محمد ناجي ياقوت ،المرجع السابق، ص 114 .

(3) د. عبد الرزاق السنهوري ،المرجع السابق ، ف 65 ، ص 114 . و ، د .محمد لبيب شنب ، المرجع السابق ، ف 108 ، ص 126 و ، د. محمد ناجي ياقوت ، المرجع السابق ، ص 119 .

المشرع أن يمد نطاق الضمان موضوعيا ليشمل عيوب أخرى دون أن يكـون خطـر التهدم أو السقوط محققا وداهما أو وشيك الوقوع،بل يكفي أن يثبت لقاضي الموضـوع أن الخلل أو العيب المكتشف في البناء قد بلغ حدا من الجسامة تجعله يعـرض متانـة البناء وسلامته للخطر[1]،و تكون العبرة هنا بمتانة المبنى في كـل أجزائـه أو سـلامة الجزء الأكبر أو الأساسي منه ولا يعتد بالعيوب التي تعرض للخطر متانـة العناصـر الثانوية للمباني أو سلامة الأعمال الصغيرة فيه وحدها،كأن يكون العيب في الدهان أو البلاط التي لا يكون من شأنها أصلا أن تهدد سلامة البناء أو متانته فإنـه لا يوجـب بالتالي الضمان العشري.

ويختلف الأمر إذا تعلق الضرر بضعف أساس المبنى أو قدم الأخشاب أو الحديد والإسمنت المستعملين في تشييده متى تبين خطورة ذلك على سلامة المبنى ومتانته .

إلا أنه يصعب حصر العيوب التي يتوافر فيها هذا الوصف نظرا لتعقد وتداخل العمليات المعمارية لا سيما في الوقت الحالي ، لذا ترك الأمر لقاضي الموضوع ليقدر طبيعة العيب مستعينا في ذلك بأهل الخبرة ، ويجب أن لا يقتصر الأمر على العيـوب التي تهدد المتانة solidité أو السلامة securité بالمعنى الضـيق كتلـك التـي تمـس الأساسات بل يجب أن يمتد الضمان للعيوب التي تهدد حفـظ البنـاء conservations فهذه العيوب نظرا لتكامل العمل المعماري وإن لم تهدد البناء مباشرة إلا أن من شأنها التأثير فيه بطريق غير مباشر وحتى لو إقتصر الأمر على جزء منه . أما ماعدا ذلـك من العيوب فلا تدخل في دائرة الضمان[2] .

---

(1) أنظر لاحقا في السلطة التقديرية المطلقة لقضاة الموضوع في هذا الصدد ص 63و69 من هذا البحث.

(2) في هذا المعنى نشير إلى بعض الأحكام،حيث قضى تطبيقا لهذا الشرط بأن المهندس المعماري لا يسـأل عـن الضرر المتمثل في عدم الملائمة في ترتيب الأماكن المختلفة،أو لنقص فيها ينبغـي أن تكـون عليـه مـن جمـال فني(أنظر في ذلك ، د.محمد ناجي ياقوت ، المرجع السابق،ص 128.و، د. منصور محمد حسين ، المرجع السابق، ص77).

كما قضى أعمالا لذلك أيضا بأن التشققات البسيطة أو قليلة الأهمية التي ظهرت بجدران المنزل والتـي لا يترتـب عليها المساس بمتانة هذا المنزل وسلامته لا تصلح وجودها لمسائلة المهندس المعماري والمقاول بمقتضـى أحكـام الضمان العشري للمادتين 1792 و 2270 من القانون المدني الفرنسي ، والأحكام كثيرة جدا في هذا المعنى أنظـر في ذلك د.محمد ناجي ياقوت، المرجع السابق ، ص 123، هامش 288 ومثال ذلك نقض مدني فرنسي فـي-1975-04-22 ، ف 127 ، ص 96 ، أنظر أيضا في أمثلة عن العيوب التي تهدد متانة البناء وسلامته والعكس ، د. ياسين عبد الرزاق حسين ، المرجع السابق ، ص 795 و 796 .

***موقف القضاء الفرنسي من هذه العيوب ومدى توسعه في هذا المجال :**

إن القضاء الفرنسي يمد الضمان العشري إلى عيوب أخرى التي تثير تطبيق هذا الضمان ، لذلك تجد القضاء الفرنسي يستعمل عبارات لتسمح بإدخـال الكثيـر مـن العيوب [1].

والحقيقة أن القضاء الفرنسي لم يطبق النص حرفيا على أسـاس أن خطـورة العيب الذي يهدد متانة البناء وسلامته من عدمه [2]، وهي مسألة واقع تتـرك للسـلطة التقديرية لقضاة الموضوع وفقا لظروف كل حالة على حدى .

ففي البداية أبدي القضاء المدني الفرنسي تساهلا في أعمال الضمان العشري ولم يعطي أهمية كبيرة لخطورة العيب أو الخلل واكتفت بعض الأحكام أن يكون العيب قـد لحق عملا كبيرا أي أن يكون هناك تلف dégât quelque conque قد أصـاب عمـلا كبيرا لأنه متى كان كذلك فإنه يفترض أنه يهدد سلامة البناء [3].

كما اكتفت أحكام أخرى بأن يكون من شأن العيب أن يسبب للمالك مضـايقات جسيمة في استعماله للمبنى أو بأن تكون سلامة جزء من البناء عرضة للخطر بسـبب العيب ، وفيما شبهت أحكام أخرى بهلاك العقار مجرد خشية هذا الهلاك .

أما القضاء الإداري خالف القضاء المدني واستلزم في العيب المؤدى إلى أعمال الضمان العشري أن يكون على درجة من الخطورة ،ولما كانت مسألة أهمية الخلل من عدمها هي مسألة واقع كما سبق القول فقد استبعد مـن إطار الضمان العشري العيوب البسيطة في الأعمال وكل خلل يمكن إصلاحه بسهولة وبأعمال قليلة التكاليف .

كما عدل القضاء المدني عن اتجاهه التوسعي هذا واشترط في الخلل المؤدى إلى أعمال الضمان العشري أن يكون على درجة من الأهميـة بحـيث يـكون من شـأنه

---

(1) راجع في ذلك ، د. منصورمحمد حسين ، المرجع السابق ، هامش 102 ، ص 77 .

العبارة المستخدمة: la construction impropre à l'usage auquel elle est déstinée

(2) والتي تخضع في هذه الحالة لأحكام القواعد العامة في المسؤولية من عقدية أو تقصـيرية دون تلـك الأحكـام الخاصة .

(3) د. محمد شكري سرور ، المرجع السابق ، ص 225 .

أن يجعل سلامة المبنى عرضة للخطر[1] .

وبالرجوع إلى القانون المدني الجزائري نجده أكد علـى مسـؤولية المهنـدس المعماري والمقاول عما يوجد في المباني من عيوب يترتب عليها تهديد متانـة البنـاء وسلامته بصريح العبارة ، و هذا التأكيد دعمته نظرة المشرع أيضا بإعتباره من النظام العام وهذا ما نصت عليه المادة 556 ق.م.ج ،حين قضت بأنه << يكون بـاطلا كـل شرط يقصد به إعفاء المهندس المعماري و المقاول من الضمان أو الحد منه >> ، فإذا كان لهذا الضمان خصوصية إلا أنه في النهاية نوع من المسؤولية العقدية وهـذا مـا نرجئ التفصيل فيه لا حقا من خلال الفصل الثاني .

أما فيما يخص موقف القانون الفرنسي -حتى أول ينـاير 1979 تـاريخ نفـاذ القانون الفرنسي الجديد رقم 12 لسنة 1978- ، الذي أدخل تعديلات تفصـيلية يمكـن استخلاصها من عبارة الفقرتين الأولى والثانية من نـص المـادة 1792 ، إذ اسـتعمل عبارة " الأضرار التي تعرض متانة العمل للخطر " بدلا من عبارة " التهدم الكلـي أو الجزئي " .

مما يدل على اتجاه إرادة المشرع الحديث في تقنين ما جرى عليه القضاء مـن الاكتفاء بتعويض متانة العمل وسلامته للخطر ،وعدم التمسك بضرورة وقوع التهـدم الكلي أو الجزئي بالفعل ، فالمهم إذن هو أن يترتـب عليـه تعـريض متانـة العمـل للخطر[2] .

2 : يجب أن يجعل العيب بالبناء غير صالح للغرض المخصص له :

بالإضافة إلى العيوب التي يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته كمظهر من مظاهر خطورة هذه العيوب هناك مظهر ثان يتمثل في إخراج البناء أو المنشأ الثابـت الآخر من دائرة تحقيق الغرض الذي شيد من أجل تحقيقه ، وسنرى مدى إخضاع هذا العيب لأحكام المسؤولية الخاصة .

---

(1) د .محمد شكري سرور ، المرجع السابق ، ص226 و 227 .

و أنظر في موقف القضاء الفرنسي في مدى اعتبار العيوب بالبناء موجب لتطبيق أحكام المسؤولية الخاصة والتـي مرت على مراحل لا يمكن الوقوف على فاصل زمني معين يفصل بينها ، د. ياسين عبد الرزاق حسين ، المرجـع السابق ، ص 808 وما بعدها .

(2) د .محمد ناجي ياقوت ، المرجع السابق ، ص 124 .

فطبقا لصريح نص المادة 554 ق.م.ج ، الذي سبق الإشارة إليه اسـتلزم فـي العيوب الموجبة لتطبيق أحكام هذه المسؤولية الخاصة وصفا معينا هو أن تكون هـذه العيوب من الخطورة والجسامة بحيث تهدد متانة البناء وسلامته ، هذا الشرط الذي لابد من توافره حتى يكون سببا لقبول دعوى المسؤولية العشرية ضد كـل مـن المهنـدس المعماري والمقاول .

لكن الأمر ليس كذلك بالنسبة للعيوب التي يقتصر دورها على أن تجعل البناء أو المنشأ الثابت الآخر غير صالح لتحقيق الغرض الذي أقيم من أجله ، بحيث لا تخضـع لأحكام المسؤولية الخاصة إلا إذا ترتب إلى جانب ذلك تهديد متانة البنـاء وسـلامته[1] وماعدا ذلك تسري عليها القواعد العامة للمسؤولية من عقدية أو تقصيرية حسب كـل حالة على حدى .

و نظرا لعدم نص التشريع الجزائري على هذا الشرط أو هذا المظهر من مظاهر العيوب إستنبط توسيع مفهوم هذا النص من التقنين المدني الفرنسي بحيـث لا يخفى على أحد أن الفقه والقضاء الفرنسي توسع كثيرا في هذا الشأن وبعدها لم يسـع للمشرع الفرنسي إلا أن يقنن ما توصلت إليه الاجتهادات والأحكام القضائية .

فقد نصت المادة 1792 من القانون المدني الفرنسـي فـي صـيغتها المعدلـة بمقتضى قانون 4 يناير 1978 ، على أن الضرر يعتبر خطير كذلك وبالتـالي يمكـن تغطيته بالضمان العشري ، إذا أصاب العمل << في أحد عناصره التأسيسية أو في أحد عناصره التجهيزية متى ترتب على ذلك الضرر أن يصير العمل غير صالح للغـرض الذي شيد من أجله >> [2].

ويتفق هذا الحكم مع التوسع الفقهي في تفسير المقصود من الضرر الخطير الذي يمتد مفهومـه إلى كل ضرر يلحق العمـل ، غيـر الأضـرار التافهـة المتوقعـة كالإخـلال بالطابـع الجمالي أو الفني للبناء - كما سبق الإشـارة إليه - لإزالة كـل

---

(1) راجع في ذلك د . ياسين عبد الرزاق حسين، المرجع السابق ، ص 819 . و د. محمد ناجي ياقوت ، المرجـع السابق ، بند 52 ، ص 128 و 133 ، و د.محمد .
شكري سرور ، المرجع السابق ، بند 202 ، ص 128.

(2) راجع في ذلك د . محمد ناجي ياقوت ، المرجع السابق ، ص128 .

ما يعيق تحقق الضمان ، ومن جهة ثانية حتى يحقق القانون المدني الحماية القانونيـة اللازمة لرب العمل ، وذلك دون أن يعطي المشرع تعريفا لفكرة عدم صلاحية العمـل للغرض الذي شيد من أجله ، وترك استخلاص ذلك من الأحكام القضائية والاجتهادات الفقهية .

ويرجع تقدير مدى إصابة البناء بهذا النوع مـن العيـوب للسـلطة التقديريـة لقضاة الموضوع ، ومنه المعيار المتبع لأجل ذلك هو معيـار ذاتـي كـون الغـرض الذي يشيد من أجله العمل يختلف من مقاولة لأخرى بحسب طبيعتها تجارية أو صناعية أو أبنية سكنية لهذا فإن محكمة النقض الفرنسية تركت لقضاة الموضوع في هذا المجال سلطة تقديرية مطلقة دون رقابة منها حسب وقائع كـل قضـية ، المهـم أن يترتـب على هذا العيب أن يصير العمل المنجز في مجمله غير صالح لتحقيق الغرض المشـيد من أجله[1] .

خلاصة القول أنه إذا حصل وأن ترتب على الضرر المساس بصلاحية العمـل للغرض الذي شيد من أجله كان الضرر خطير بالمعنى المقصـود هنـا ، ويخضـع المقاول أو المهندس المعماري لمسؤولية الضمان العشري بقطع النظر عـن مسـألة عدم تعريض متانة العمل وسلامته للخطر[2]، وفي هذه الحالة لا يستلزم علـى قضـاة الموضوع تبيان مدى تأثير الضرر المدعى به على متانة البناء وسلامته ، فيكفي تبيان تأثيره في صلاحية العمل للغرض المشيد من أجله فقط .

أما في حالة عكس ذلك كأن يتخلف هذا الشرط ولم يؤثر الضرر على المبنـى بشكل يجعله غير صالح للغرض المخصص له ولم يمس بمتانة العمل وسلامته ، فهنـا يستبعد هذا الضرر من نطاق المسؤولية أو الضمان العشري نظرا لعدم خطورته .

---

(1) د. محمد ناجي ياقوت ، المرجع السابق ، ص 130 .

(2) راجع في ذلك تطبيقات قضائية على هذا المبدأ ، نقض مدني فرنسي 29-11-1960، د. محمد ناجي يـاقوت ، المرجع السابق ، ص 132، هامش 309.

الفرع الثا : خفاء العيوب :

رغم عدم اشتراط المادة 154 ق.م.ج خفاء العيب عن رب العمل عند التسلم لتطبيق أحكام المسؤولية الخاصة بالمهندس المعماري ومقاول البناء ، إلا أن ما أجمع عليه الفقه أن الضرر الذي يدخل في نطاق تطبيق هذه المسؤولية الخاصة ، لا بد أن يكون راجعا في أصله إلى عيب في البناء أو في الأرض التي أقيم عليها البناء وأن يكون هذا العيب ذاته خفيا وغير معلوم من طرف رب العمل الذي لم يكن باستطاعته كشفه وقت التسلم النهائي للعمل .بحيث سواء رجع أصل الضرر إلى عيب في المواد المستخدمة في البناء أو إلى عيب في الأرض أو إلى عيب في الصنعة أو إلى عيب في التصميم ، فإنه يجب أن يكون هذا العيب خفيا وقت تسلم رب العمل للعمل حتى تغطيه مسؤولية القواعد الخاصة، ذلك أن التسلم النهائي للأعمال وتقبلها دون قيد بتحفظ ما من قبل رب العمل يؤدي إلى إعفاء المهندس المعماري و المقاول من الضمان العيوب الظاهرة فقط دون العيوب الخفية التي يظل كل منهما مسؤولا عنها طيلة مدة الضمان الخاص وذلك سواء طبقا للأصل المسلم به في عقد المقاولة كأن تكون هذه العيوب الظاهرة أثناء التسلم بسيطة لا تهدد سلامة البناء أو طبقا للقواعد الخاصة بالضمان العشري ، وهذا على الرغم من عدم النص صراحة على تطلب شرط الخفاء في العيوب التي تغطيها هذه المسؤولية [1] .

1/ تعريف العيب الخفي:

المقصود بالعيب الخفي هو << الخلل الذي يصيب البناء أو المنشآت الثابتة الأخرى والتي كان من المفروض أن تكون خالية منه طبقا لأصول الصنعة وقواعد الفن ، ولم يكن باستطاعة رب العمل كشفه أو إدراكه وقت التسلم النهائي للعمل >>.

ولا يعتبر الخلل عيب في البناء إلا إذا كان هذا الخلل راجع في مصدره إلى فترة إقامة البناء أي عند معاينته و إقراره [2].

(1) راجع في هذا المعنى تطبيقات قضائية ، د. محمد ناجي ياقوت ، المرجع السابق ، ص 105 ، هامش 238 .

(2) راجع في ذلك ، د.محمد لبيب شنب ،المرجع السابق ، ص 127 ، ف 108 . حيث يرى أنه لا يشترط في العيب أن يكون مصدره موجودا عند تسليم العمل ، وأن المسؤولية الخاصة تتحقق وفقا للمادة 554 ولو لم يثبت أن العيب كان موجودا في المبنى وقت إقرار رب العمل وذلك خروجا عن القواعد العامة في المسؤولية الناشئة عن عقد المقاولة وأنظر في ذلك أيضا،د.محمد ناجي ياقوت،المرجع السابق،ص 97،هامش 208،.و،د.عبد الرزاق السنهوري المرجع السابق،ص 11 ،ف 65.

2/ معيار العيب الخفي ووقته :

يشمل الضمان المعماري العيوب التي توجد قبل تسليم البناء وتلك التي تطـرأ بعد التسليم خلال مدة الضمان شريطة أن يكون العيب راجع إلى البناء ذاته سواء فـي الصنعة أو المواد المستعملة .

ومنه فإن الوقت الذي يجب أن يكون العيب فيه خفيا هو الوقت الذي يـتم فيـه التسلم النهائي أين يكون قد تم إنجاز العمل ووضع تحت تصرف رب العمل لتسـلمه ، بعد أن يقوم بفحصه ومعاينته لكشف عيوبه .

حيث تقضي القواعد العامة بأن الضمان لا يكون إلا إذا كان العيب موجود قبل التسليم أو على الأقل كانت جرثومة العيب موجودة من قبل ، أما العيب الطارئ بعـد التسلم فلا يوجب الضمان ويتحمله رب العمل ، أما طبقا لقواعد الضمان الخاص تسري سواء كان العيب موجود قبل التسلم أو خلال فترة الضمان لكن لم يكن لـرب العمـل إكتشافه طبقا للفحص الذي أجراه ، ففي هذه الـحالة يكون قد تـوافر شـرط خـفاء العيب الذي لحق بالبناء.

وبمفهوم المخالفة إذا كان في البناء عيبا خفيا وإنكشف أمره عند التسـلم عنـد إجراء رب العمل لفحص ومعاينة البناء فلا تسري في هذه الحالة أحكـام المسـؤولية الخاصة ، لأن عيب الخفاء هنا تحول إلى عيب ظاهر تسري عليه هذه القواعد العامـة للمسؤولية العقدية .

أما فيما يخص معيار تقدير العيب الموجب للضمان العشري ، يرى بعض الفقه أنه يعتد بالمعيار الموضوعي الذي يعتد بقدرة الرجل العادي في اكتشاف العيب الذي ما كان لرب العمل أن يجهله وقت تسلمه للعمل ، فالمقاول والمهندس لا يضـمنانه إلا إذا كان خفيا غير معلوم لرب العمل في ذاك الوقت وغير ممكن كشفه ولو ببـذل عنايـة الرجل المعتاد في فحص ومعاينة البناء[1] .

إلا أنه ذهب البعض الآخر من الفقه إلى الاعتداد بالمعيار الشخصي أو الـذاتي الذي يعتد بقدرة رب العمل شخصيا في اكتشاف العيب وعلمه به وقت التسليم [2].

---

(1) و(2) راجع د.ياسين عبد الرزاق حسين،المرجع السابق ، ص 847، هامش 21 وأيضا د. محمد شكري سرور ، المرجع السابق ، ص 241 ، هامش 180 . وهو اتجاه يكشف عن تساهل مع رب العمل ، بالمقارنة بالمشتري في عقد البيع أين يعتمد على قدرة المشتري على اكتشاف العيب لو فحص الشيء المبيع بعناية الرجل العادي .

ومسألة خفاء العيب من ظهوره هي مسألة واقع[1] ، ترجع للسـلطة التقديريـة لقضاة الموضوع حسب وقائع كل قضية ، أين إعتمدت بعض الأحكام معيار موضوعي معتبرة أن العيب يكون خفيا حينما لا يكون بإمكان رب العمـل العـادي أي الجاهـل لأصول الفن أن يكشفه مما يترتب على ذلك سقوط الضمان العشري عن العيب الـذي كان بإمكان رب العمل أن يكتشفه لو بذل عناية الرجل المعتاد ، في حين لجأت بعـض الأحكام إلى الأخذ بالمعيار الذاتي الذي يعتد بمدى قدرة رب العمل ذاته على اكتشـاف العيب ، وإن كان الغالب في تقدير خفاء العيب يعتمد على المعيار الموضوعي الـذي يقوم على قياس قدرة رب العمل المعتاد في اكتشاف العيب [2] .

وأخيرا نستخلص مما تقدم أنه كان من الضروري توافر شرط خفاء العيب حتى يمكن إخضاعه لأحكام المسؤولية الخاصة لارتباط الأمر بمدى خضوع أحكـام هـذه المسؤولية الخاصة للنظام العام .

---

(1) En ce sens Gaston (albert),la responsabilité des constructeures,2ED,1979 p 111 N ° 203

(2) راجع بشأن التطبيقات القضائية وبعض القرائن الخاصة بمعيار الخفاء . د. ياسين عبد الرزاق حسين ، المرجع السابق ص 850 وما بعدها .

المبحث الثالث

من حيث مدة الضمان

إن شرط حدوث التهدم أو ظهور العيب خلال مدة محددة شرط تتميز به المسؤولية الخاصة بالمهندس المعماري ومقاول البناء ،وبه جاءت تسمية هذا الضمان العشري نسبة لمدة هذا الضمان ، فلا تغطي المسؤولية الخاصة إلا الأضرار التي تحدث في خلال المدة القانونية للضمان المقررة طبقا للقانون بعشر سنوات ، ونظرا لأهمية هذا الشرط سنتناوله من خلال النقاط التالية ، فنعالج في الشطر الأول بداية سريان مدة الضمان ، وفي الشطر الثاني الطبيعة القانونية لمدة الضمان ومدى تعلقها بالنظام العام ، ثم النظام القانوني لهذه المدة ، أو ما يعرف بدعوى الضمان.

المطلب الأول

مدة الضمان وبداية سريانها

الفرع الأول : مدة الضمان :

نصت المادة 554 ق.م.ج ، في فقرتها الأولى << يضمن المهندس المعماري والمقاول متضامنين ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلي أو جزئي فيما شيداه ...>>. كما نصت الفقرة الثالثة من نفس المادة << وتبدأ مدة السنوات العشر من وقت تسلم العمل نهائيا >>.

طبقا للقواعد العامة تقضي بأن العيب الذي يطرأ بعد التسليم لا يكون موجبا للضمان ، ولكن نظرا لخطورة عقود مقاولات المباني لزم امتداد الضمان فيها إلى ما بعد التسليم وحددها المشرع الجزائري بمدة عشر سنوات [1]، على أن تبدأ هذه المدة من وقت التسليم النهائي ، لأن المشرع رأى أن هذه المدة كافية لإختبار متانة وصلابة البناء وحسن تنفيذ كافة الأعمال المتعلقة به وصلاحيته لأداء الغرض الذي أنشأ من أجله ، بحيث إذا انقضت هذه المدة عن عشر سنوات لما كانت كافية لظهور العيوب أو حدوث التهدم ، وإذا زادت عن هذه المدة كانت عبء ثقيل على المعماريين .

---

(1) على خلاف بعض التشريعات التي حددتها بخمس سنوات كمدة للضمان كما في القانون اللبناني والتونسي ، بينما مدت بعض التشريعات الأخرى مدة الضمان إلى خمسة عشر سنة .

والحقيقة أنه حتى مدة الضمان الخاص بالمباني والمنشآت الثابتة الأخرى والمقررة بعشر سنوات فيها خروج عن القواعد العامة في عقد المقاولة ، والتي تنص بانتهاء العقد بمجرد تمام عملية التسلم دون تحفظات [1] ، إلا أن مفاد الخروج عن القواعد العامة فيه حماية للصالح العام خاصة لخطورة محل مقاولات المباني ، و ما قد تسببه في حالة تهدمها من نتائج سلبية وإضرار بسلامة وطمأنينة الناس ولا سيما مساسها بالاقتصاد الوطني .

وعليه قرر المشرع لإمكانية تطبيق أحكام المسؤولية الخاصة بالمهندس المعماري ومقاول البناء بالإضافة إلى لزوم تحقق الشروط الأخرى سابقة الذكر من حدوث التهدم في البناء أو ظهور العيب الذي يهدد متانته وسلامته ، أو يجعلها غير صالحة لتحقيق الغرض المخصص لأجله ، لا بد من حدوثها خلال مدة عشر سنوات بداية من التسليم النهائي للأعمال ، فإذا لم يحدث التهدم أو العيب خلال هذه المدة برئت ذمة كل من المقاول والمهندس المعماري كلية من هذا الضمان ، وتنتقل تبعة ما قد يحدث بعد فوات هذه المدة على عاتق رب العمل ولو كان هذا الضرر راجع إلى مخالفة عمدية للشروط والمواصفات المتفق عليها ، وحتى ولو ثبت خطأ المهندس المعماري أو المقاول [2].

الفرع الثاني : التسلم كبداية سريان مدة الضمان:

يبدأ سريان مدة الضمن بصريح الفقرة من المادة 554 ق.م.ج ، من وقت تسلم العمل نهائيا[3] من طرف رب العمل ، أي أن التسلم النهائي هو مبدأ سريان مهلة

(1) د . عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج 1/7 ، بند 67 ، ص 121 وما بعدها و د . منصور محمد حسين ، المرجع السابق ، طبعة 1984 ، ص 81 و 82 .

(2) د .محمد لبيب شنب ، المرجع السابق ، بند 110 ، ص 131 .

(3) وهذا على خلاف بعض التشريعات الأخرى التي لم تحدد بدقة بداية سريان مدة الضمان وتركت ذلك للاجتهادات الفقهية والقضائية ، إذ نصت المادة 651 من القانون المدني المصري على أن مدة العشر سنوات تبدأ من وقت تسلم العمل ولم تشر إلى تقبله من رب العمل .

في حين جعلت المادة 2270 مدني فرنسي المعدلة بمقتضى القانون الفرنسي الجديد رقم 12 لسنة 1978، جعلت من التقبل النقطة الوحيدة التي تبدأ منها سريان مدة المسؤولية الخاصة ، كما جاء في الفقرة الأولى من المادة 6/1792 مدني فرنسي ، المضافة بموجب هذا القانون الجديد أنه " يعتبر تقبلا في حكم هذا القانون التصرف الذي يعلن فيه رب العمل أنه قد قبل العمل ، سواء بتحفظ أو بدون تحفظ ..." ويفهم من ذلك أن العبرة في بداية مدة الضمان تكون بقبول رب العمل للعمل ، لا بمجرد تسلمه للعمل فحسب .

الضمان العشري في القانون المدني الجزائري .

يعتبر تسلم العمل بعد إتمامه حجر الزاوية بالنسبة لجميـع أحكـام المسـؤولية الخاصة بالمهندس المعماري ومقاول البناء ، فعليه تقوم معظم أحكامها وآثارها فبه تبرأ ذمة المقاول مؤقتا إلى حين انتهاء مدة الضمان ، تلك التي ما كان لهـا أن تبـرأ فـي السريان إلا بعد تمامه .

لهذا اعتبر التسلم شرطا أساسيا لابد من توافره مستوفيا كافـة شـروطه التـي تطلبها القانون حتى يمكن القول بوجود مسؤولية عشرية إذا وجدت أركانها وشروطها الأخرى ، وهذا ما تطلبته التشريعات المختلفة ، إذا لم تجعل لهذه المسؤولية وجـودا ، إلا بعد تمام التسلم ، بحيث نصت المادة 554 ق.م.ج ، " على أن تبدأ مـدة السـنوات العشر من وقت تسلم العمل نهائيا ".

لهذا نقوم بدراسة التسلم من خلال نقاط ثلاث ، أولهـا نتعـرض لتعريفـه لأن الاختلاف في تعريف تسلم الأعمال راجع للاختلاف في الطبيعة القانونيـة للمسـؤولية العشرية اللاحقة على التسليم ، بين ما إذا كانت مجرد تطبيـق للقواعـد العامـة فـي المسؤولية العقدية أو أنهـا مسـؤولية مـن طبيعـة خاصـة وهـذا مـا سـنتناوله في حينه [1] ، ثم نحاول تبيان الطبيعة القانونية لتسلم الأعمال ، فنبين إذا ما كان مجرد واقعة أم عمل قانوني ، وما هي شروط تحققه ، وما الموضوع الذي يرد عليـه ، ثـم نبين مدى تعلقه بالنظام العام .

1 ـ مفهوم التسليم :

أ ـ تعريفه :

تقضي المادة 554 ق.م.ج ، في فقرتها الثانية << ... وتبدأ مدة السنوات العشر من وقت تسلم العمل نهائيا ...>>.

نلاحظ أن النص جاء بعبارة " تسلم العمل " فبين أن مدة العشر سنوات تبدأ في السريان اعتبارا من تاريخ هذا التسلم للعمل ،إلا أنه لم يتعرض لتعريف التسلم وتـرك

---

(1) راجع لاحقا في الفصل الثاني في تحديد الطبيعة القانونية للضمان العشري .

ذلك للفقه واكتفى بتنظيمه كأحد التزامات رب العمل المنصوص عليه في المـادة 558 ق.م.ج ، كما أعطت القرارات الوزارية [1] ، بعض التوضيحات بدون تعريف دقيق .

وقد عرفه الفقه بأنه << مجرد واقعة قانونية أو عمل مادي ، يرتب عليه القانون أثرا >>. أو هـو << الـوجه الآخـر لعملـية الإعـطاء - la Délivrance - (أي التسليم) ، منظورا إليها من زاوية الدائن >> [2].

وقد عرفه المشرع الفرنسي في المادة 6/1792 بأنه << التصرف الذي بموجبه يقرر رب العمل قبوله للعمل أو بدون تحفظات >>[3].

وقـد عـرفه الفقـيه " لابـان "[4] - Labin - بأنـه << عملـية حضـورية une opération contradictoire موضوعها التحقق من اكتمال الأعمال ، ومن حسـن تنفيذها طبقا لإشتراطات الصفقة >> .

فالتسلم في عقد المقاولة ليس مجرد الاستيلاء المادي على العمل ، بوضع اليـد عليه كما هو في العقود الأخرى ، بل يتضـمن معنى آخـر أهـم يتميـز بـه عقـد المقاولـة ، يتمثـل فـي تقبـل الأعـمال والموافقـة عليهـا بعـد فحصـه - Réception Agrement Vérification - إذ يقع هذا العقد على عمل شيء لم يكن موجود عند التعاقد ، فلابد للطرف الذي تم العمل لحسابه من معاينته والتأكد من أنـه موافـق لشروط العقد وأصول الصنعة و الفن وهذا هو التقبل الذي يشمله تسلم العمـل الـذي يلتزم به رب العمل ـ وهو ما عبر عنه المشرع الجزائري بالتسلم النهائي ـ[5].

---

(1) قرار وزاري المؤرخ في 15-05-1988 السابق الذكر ، المادة 10 فقرة 8 ، وكذلك قـرار وزاري لـوزارة إعادة الأشغال والنقل المؤرخ في 21-11-1964 ، المتضمن الشروط الإدارية العامـة المطبقـة علـى الصـفقات العمومية C.C.A.G ج.م رقم 101 الصادرة في 11-12-1964 ، المواد 46 و 47 (عن المجلة القانونية السـابق ذكرها ص 684 ، بقلم المهندس إبراهيم يوسف) .

(2) د . محمد شكري سرور ، المرجع السابق ، ص 143 .

(3) القانون المدني الفرنسي دالوز 1986 ، 1987، المادة 1792 -6 ف ، 2

(4) د . محمد شكري سرور ، المرجع السابق ، ص 143 .

(5) د . محمد عبد الرحيم عنبر، المرجع السابق ، ص 228 . بحيث أن الذي يقع عادة أن رب العمل يتسلم العمـل ويتقبله في وقت واحد ، إذ عند تسلمه يفحصه فيوافق عليه بتسلمه إياه ، فالتسليم إذن يضمن التقبل ، ولكن لا يوجد مانع من أن ينفصلا أحدهما عن الآخر ، فيكون التسلم أولا ويليه التقبل أي يسبق التسلم التقبل والعكـس صـحيح ، فطبقا للقانون المدني الجزائري لم يتكلم عن التقبل بل ذكر التسلم النهائي وهو يقصد به تسلم العمل نهائيا مقبولا .

كما عرفه الفقيه مازو بأنه << العمل الذي بواسطته ،أو عن طريقه ، يعطي رب العمل تصديقه للأعمال التي تم إنجازها ، ويسلم مخالصة بذلك للمقاول والمهندس المعماري >>[1].

يتضح من تعريفات الفقه لا سيما الفقه الفرنسي للتسلم أنه لم يقتصر على العنصر المادي له المتمثل في وضع اليد ، بل يتطلب العنصر الإرادي و هو تقبل رب العمل للعمل الذي تم إنجازه وإقراره بأن التنفيذ قد تم صحيحا ، وإعطاؤه مخالصة تفيد ذلك للمهندس المعماري والمقاول [2].

ولكي يكون التسلم صحيحا منتجا آثاره القانونية لا يكفي التسلم المادي للعمل المتمثل في الاستيلاء الفعلي أو الحكمي له ، وإنما يجب أن يصطحب ذلك قبول العمل و إقراره من رب العمل ، بأنه تم صحيحا وفقا لما اتفق عليه ولأصول الصنعة ، إذ أن تقبل العمل وإقراره هو دليل رضاء رب العمل عن العمل ومفاد ذلك أن التسلم كان نهائيا .

ب ـ الطبيعة القانونية للتسلم :

بعد التعريف الفقهي المتوصل إليه فإن التسلم يعتبر في عقد المقاولة عملا قانونيا، وليس مجرد واقعة مادية أو اتفاق مستقل عن عقد المقاولة الأصلي ، فلا يقتصر تعريف التسلم على العنصر المادي وهي وضع اليد أو الإستيلاء ، بل أضيف عنصر آخر هو عنصر الإرادة المتمثل في تقبل رب العمل للعمل وإقراره ، وهو العنصر الجوهري في عملية التسلم الذي تترتب عليه آثارا قانونية .

وقد اختلف الفقه فيما يتعلق بالطبيعة القانونية للتسلم فهناك من يرى أنه اتفاق قائم بذاته مستقل عن عقد المقاولة الأصلي وآخر من يقول بأنه مجرد واقعة قانونية وثالث من يقول بأنه عمل قانوني ، لذا نحاول تحديد الطبيعة القانونية لعملية التسليم بتطبيق مبادئ كل رأي من الآراء .

---

(1) Mazeaud (Henri), Traité théorique , et pratique de la responsabilité délictuelle et contractuelle ,t2- 6ed , 1070/08,1970 p84

(2) د . محمد شكري سرور ، المرجع السابق ، ص 150 .

تعرف الواقعة القانونية بأنها << كل حدث يرتب القانون على وقوعه أثـرا معينـا [1] ، بصرف النظر عن تخلف أو وجود إرادة صاحبه >> . أما العمل القانوني ما هـو إلا اتجاه الإرادة نحو إحداث أثر قانوني معين .

ومنه فإن معيار التفرقة بين الواقعة القانونية والعمل القانوني ، يكمن في الـدور الذي تلعبه الإرادة بالنسبة لكل منهما ، فبينما يكون هذا الدور غائب ولا أثر لـه فـي الواقعة القانونية ، إذ به يكون مناط العمل القانوني [2] .

وعليه فإن دور الإرادة ضروري بل جوهري حتى يترتـب الأثـر القـانوني المرتقب ، نكون بصدد عمل قانوني ، أما حيث تكون الإرادة مهملـة فـي وجودهـا أو دورها نكون بصدد واقعة قانونية .

وأخيرا نتوصل أن عملية التسلم ليست مجرد وقوع حدث معين ، ولا هي محض إرادة فقط ، بل هي مزيج بين المادي والقانوني ، فهي حدث يقع وبإرادة واعية مدركة لكافة آثاره ، فهي إذا واقعة مختلطة بين عنصر مادي هو وضع اليد على الشيء محل التسلم وعنصر إرادي هو قبوله ، وإن كان الغالب فيها هو عنصر الإرادة إذ يترتـب عليه كل الآثار القانونية في حين لا يترتب على العنصر المـادي إلا بعـض الآثـار البسيطة كإنتقال الحراسة،و لما كانت الأحكام تبنى على الغالب ، وجب اعتبار التسـلم من طبيعة إرادية أي أنه عمل قانوني يخضع لأحكام النظرية العامة للعمـل القـانوني وليس مجرد واقعة قانونية،لكن السؤال المطروح هل التسلم تصرف انفرادي ؟.

لقد عرف الدكتور السنهوري التصرف الانفرادي أنه << عمل قانوني صـادر من جانب واحد ينتج آثارا قانونية مختلفة >>. نحاول تطبيق مبادئ الإرادة المنفـردة على التزام رب العمل بتسلم العمل لمعرفة إذا كان هذا الالتزام عمل قانوني صادر من جانب واحد أم لا ؟.

---

(1) د . توفيق حسن فرج ، مبادئ القانون وعقد المقاولة ، مذكرات مطبوعة ، سنة 1958 ، جامعة الاسـكندرية ، ص 821 ، وما بعدها .

(2) د . ياسين عبد الرزاق حسين ، المرجع السابق ، ص 169 .

فهذا الالتزام بعنصريه المادي والإرادي ، ملقى على عاتق رب العمـل يرتبـه عقـد المقاولة الذي يعد من العقود التبادلية ، وبالمقابل يلزم المقاول بموجب نفس العقد تسليم العمل بعد إنجازه ، إذا فتسلم رب العمل للعمل التزام تعاقدي يجد أساسه القانوني فـي عقد المقاولة نفسه ، ولما كانت الالتزامات التعاقدية لا يمكن اعتبارها التزامات صادرة من جانب واحد ، فلا يمكن القول بأن قيام رب العمل بتسلم العمل ، طبقا لما يقضي به عقد المقاولة المبرم بينه وبين رب العمل ، هو قيام بعمل قـانوني صـادر مـن إرادة منفردة ، هي إرادة رب العمل ، فهذا الأخير يعبر عن إرادته في تقبل العمـل تنفيـذا لإلتزام مفروض عليه بمقتضى عقد المقاولة ، وإلا فكيف يمكن للمقـاول إجبـار رب العمل على تسلم العمل لو كان هذا التسلم مجرد تعبير رعن إرادة منفردة ، فلا يمكـن إجبار أحد على إتيان عمل بإرادته المنفردة على غير إرادته [1].

وعليه إذا التسلم عمل قانوني من طبيعة تعاقدية يقوم به رب العمل بمقتضى عقد مقاولة المبرم بينه وبين المقاول .

2 ـ شروط التسلم ومدى تعلقها بالنظام العام :

أ ـ شروط التسلم :

تنقسم شروط التسلم إلى موضوعية تتعلق بموضوع التسلم ذاته ،وشروط شكلية يتطلبها المشرع لضمان إتمام عملية التسلم .

أ /1- الشروط الموضوعية :

تتعلق هذه الشروط بالموضوع أو العمل الذي يرد عليه التسلم ، بالإضافة إلـى وجوب تمام إنجازه لابد أن يأتي هذا الإنجاز مطابقا لما هو منصوص عليه في العقـد ولما تتطلب أصول الصنعة .

الشرط الأول : إنجاز العمل محل التعاقد :

ونقصد بذلك إتمام العمل محل العقد بتمام تنفيذه ، وهو أحد التزامات المقـاول الرئيسية ، وهو التزام بتحقيق نتيجة تتمثل في إقامة البناء أو وضع التصميم محل العقد بالنسبة للمهندس ، وهذا ما جاء في مصدرة المادة 558 ق.م.ج ، << عندما يتم المقاول العمل ويضعه تحت تصرف رب العمل ...>>.

---

(1) د . ياسين عبد الرزاق حسين ، المرجع السابق ، ص 176 .

فالمراد هنا تمام إنجاز العمل محل التعاقد كلية ، ويكون جـاهز ليتسـلمه رب العمل [1]، وهكذا فحسب ما هو جار عليه في المعامـلات فإن إتمام عملـية التسـليم تكون كالتالي :

عندما ينهي المقاول عمله يقوم بإخطار رب العمل رسميا ، ولهذا الأخير مهلـة عشرين يوما لتحديد يوم التسليم و إعلام كل الأطراف المعنية بالأمر ، زيادة على ذلك يحرر محضر - محضر تسليم مؤقت - تسجل فيه قبول الأعمال وبـدون تحفظـات فـإذا وجـدت بعـض التحفظـات تسـجل فـي المحضـر وتعطـى مهلـة كافيـة لإصلاحها[2] ، وهكذا فإن إنجاز العمل بتمام تنفيذه ، شرط لتمام عملية التسلم .

الشرط الثاني : المطابقة :

ونقصد بذلك أن العمل المنجز يكون مطابق لما اتفق عليه فـي العقـد ومتفـق لأصول الصنعة حتى تتم عملية التسلم ، فإذا لم يكن العمل متفق مع هذا و ذاك كان من حق رب العمل أن يمتنع عن التسلم ، ولا يمكن للمقاول اجباره بذلك ، لكن يجـب أن تصل عدم المطابقة إلى درجة معينة من الخطورة حتى يعطى لرب العمل الحـق فـي الامتناع عن التسلم ، كأن يكون لعدم المطابقة هذه تعـريض سـلامة البنـاء للخطـر أو تجعله غير صالح للغرض المعد له ، ويمكن في ذلك الاستعانة بتقارير الخبرة .

2/ ٍ- الشروط الشكلية :

الواقع أن نص المادة 558 ق.م.ج ، لم تتطلب للتسلم شكلا معينا ، بل كـل مـا تقتضيه هو وضع العمل المنجز بعد إتمامه من طرف المقاول تحت تصرف رب العمل الذي يبادر إلى تسلمه في أقرب وقت ممكن بحسب ما هو جار في المعاملات .

ولما كان العمل جرى على أن يقوم المقاول بعد إنهائه للعمل بإخطار رب العمل رسميا الذي له مهلة عشرين يوما لتحديد يوم التسليم وإعلام الأطراف المعنية وبتحرير

---

(1) د . عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، الوسيط ، ج 1/7، فقرة 82 ، ص 149 .

(2) المجلة القانونية الإدارية ، الجزء 33 ، سـنة 1995 ، موضوع المسـؤولية العشـرية للمهنـدس المعمـاري والمقاول طبقا للمادة 554 ، ق.م.ج ، بقلم المهندس إبراهيم يوسف ، ص 684 .

محضر تسليم مؤقت يسجل فيه قبول الأعمال أو التحفظات إن وجدت ، فهذا المحضر وإن كان يثبت به عملية التسلم إلا أنه لا يعتبر شكلا معينا له .

ومنه يتضح أن المشرع الجزائري لم يتطلب أن يكون التسلم في شكل رسـمي معين على عكس القـانون الفرنسـي الـذي نـص علـى وجـوب أن يـتم التسـلم حضوريا [1]، أي في حضور كل الأطراف الذين يهمهم الأمر (كل المساهمين في عملية البناء) لكن هذا لا يعني أنه أراد أن يصب عملية التسلم في شكل معين ، كما لم يشأ أن يخرج عن القواعد العامة ولا على ما جرى عليه العمل في هذا المجال ، و إنمـا أراد فقط أن يتم التسلم في حضور كل الأطراف الذين يهمهم الأمر لأسباب عمليـة وفنيـة منها سرعة إتمام عملية التسليم والتسلم ذاتها ، ومناقشة ما يثيره الأطراف من حجـج وتساؤلات ، و لتوضيح ما يصعب فهمه ، ومناقشة ما يبديه رب العمل من تحفظـات وكيفية علاجها[2] ،أي من باب التأكيد على ما جرى عليه العمل فقط ، إذ يكفي الحضور القانوني للمقاول أي قد سبق تكليفه بالحضور بالطرق الرسمية ولو لم يحضر فعلا .

ب ـ الالتزام القانوني للتسلم :

سبق أن بينا أن التسلم شرط من الشروط لقيام الضمان الخـاص ، وعرفنـا أن المقصود به هو وضع اليد على العمل الذي تم إنجازه مطابقا لما إتفق عليه في بنـود العقد ولأصول الصنعة ، وهو التزام يقع على عاتق رب العمل بمقتضى عقد المقاولـة ـ الذي يبدي تقبله وإقراره ـ في مقابل التزام المقاول بتسليم العمل بعد إنجازه ، ومنه يمكن القول أن أطراف عملية التسلم هما : رب العمل باعتباره مدين بالتسلم ، والمقاول باعتباره دائن بالتسلم ، وهو ما نصت عليه صراحة الـمادة 558 ق.م.ج ، على أنـه << عندما يتم المقاول العمل ويضعه تحت تصرف رب العمل وجب على هذا الأخيـر أن يبادر إلى تسلمه في أقرب وقت ممكن ...>>كما لغير رب العمل أن يوقع محضـر التسليم والتسلم سواء تضمن تحفظات أم لا بواسطة من يمثله في ذلك قانونا كالمهندس

---

(1) Art 1792 , 6 << Elle est , en tout état de cause , prononcée contradictoirement >>

(2) د . ياسين عبد الرزاق حسين ، المرجع السابق ، ص 189 و 190.

أو المشرف على العمل مع انصراف آثار التمثيل إلى رب العمل مباشرة طبقا للقواعد العامة في الوكالة [1].

وإذا تقاعس رب العمل عن تسلم العمل بعد أن وضعه المقاول تحت تصرفه في المدة المتفق عليها بعد أن قام بإعذاره ، فإنه طبقا للفقرة الثانيـة مـن نفـس المـادة السابقة.أعتبر أن العمل قد سلم إليه ، وللمقاول الرجوع عليه بتعويض ما لحقـه مـن ضرر نتيجة تعنته أو تأخره في التسلم طبقا للقواعد العامة .

أما بالنسبة للطرف الثاني في عملية التسلم ألا وهو المقاول باعتبـاره الطـرف الدائن في عملية التسلم فهو من ستبرأ ذمته من كافة الالتزامـات التـي يرتبهـا عقـد المقاولة.

وقد يكون المقاول شخص واحد كأن يكون رب العمل قد تعاقد مع مقاول واحـد لتنفيذ كل العمل محل العقد أو قد يبرم عدة عقود مقاولة مع عدة مقاولين كل واحد فـي نطاق تخصصه ، وفي هذه الحالة نكون بصدد عدد من عمليات التسلم بحسـب عـدد المقاولات وهنا يتعدد الدائنون بالتسلم بتعدد هذه المقاولات .

كما قد يشارك في تنفيذ عملية التسلم هذه أشخاص آخرون كمهندس التنفيـذ أو المعماري أو الانشائي أو الاستشاري ، كل طبقا لما تمليه عليه مهنته وواجبـه ، لكـن هذا لا يعني أنه طرفا في عملية التسلم ، بل يلتزم بذلك بمقتضـى واجبـات وظيفتـه بمساعدة رب العمل ببذل النصح والإرشاد له باعتباره رجل متخصص في هذا الفـن ، لأن رب العمل عادة ما يكون غير متخصص فـي هـذا المجـال ، إذ يـتلخص دور المهندس في عملية التسلم إما بالإشارة على رب العمل بقبول الأعمـال وتسـلمها دون تحفظات أو مع ذكر بعض التحفظات أو بعدم التسلم ورفض قبولـه طبقـا لظـروف ومقتضيات كل حالة ، والمهندس المعماري في كل ذلك إنما يقوم بتنفيذ التزام عقـدي يرتبه عليه العقد الذي يبرمه مع رب العمل ، وهو التزام ببذل عناية الرجل المعتاد .

وفي دراسة النظام القانوني للتسلم نتطرق لشكل التسلم وطرقه وزمانه ومكانـه، وأخيرا الآثار المترتبة عليه وطرق إثباته .

---

(1) د . محمد لبيب شنب ، المرجع السابق ، بند 24 ، ص 32 .

ب /1- شكل التسلم وطرقها :

يكون التسلم في إحدى الشكلين ، إما صريح أو ضمني ، بحيث إذا كان صريحا سواء يكون رضائيا وهو القاعدة ، ويتم بناء على طلب صاحب المصلحة في التعجيـل به ، وبرضاء أطرافه ، وسواء كان هذا الرضاء متزامن أم لا ، شفاهة أو كتابة ، كما قد يكون التسلم ضمنيا ، بمعنى اتخاذ موقف معين لا يدع ظروف الحال معه شكا فـي أنه يعبر عن إرادة واعية في تسلم العمل محل التعاقد وتقبله [1] .

ويتم التسلم بطرق مختلفة يلعب الزمن فيها دور فعال ، إذ قد يتم مـرة واحـدة وفي زمن واحد أو على مرتين حيث يتم مؤقتا أولا ثم نهائيا ثانيا ، كما قد يلعب الكـم دورا أيضا فيكون التسلم كليا أو جزئيا ، وعليه تكون الدراسة كالتالي :

- التسلم المؤقت والنهائي :

أشار المشرع الجزائري في مادته 558 ق.م.ج ، إلى تسلم الأعمال من طـرف رب العمل بعد أن يتم المقاول العمل ويضعه تحت تصرفه دون أن يحدد مراحل هـذا التسلم ، لكن ما هو جار في المعاملات أن عملية التسليم والتسلم في خصوص مقاولات المباني أن يتضمن عقد المقاولة المبرم بين المقاول ورب العمل شـرطا يـتم التسـليم بموجبه على مرحلتين .

*** المرحلة الأولى : التسليم المؤقت:**

نقصد به أنه إفصاح رب العمل عن إرادته في تقبل العمل بصفة مؤقتـة حتـى تزال كل التحفظات التي يتضمنها محضر التسلم ، وذلك بإصلاح كل العيوب وإكمـال النقائص التي تضمنتها التحفظات ، وهذا في المدة المتفق عليها أو المعقولـة ، إذ يـتم التسليم المؤقت - كما سبق بيانه - ثم تعطى مدة ضمان خاص- وهذا الأمر متـروك لرغبات الأطراف وإرادتهم ينظمونه على الوجه الذي يرونه محققا لمصلحتهم - مـن أجل ضمان إتمام الأعمال على الوجـه الأكمـل [2] ، الـتي كانـت موضـوعا للتحفـظات الـتي تضمنـها محضـر

---

(1) راجع في ذلك د . ياسين عبد الرزاق حسين ، المرجع السابق ، ص 231 . و ، د . محمد شـكري سـرور ، المرجع السابق ، ص 151 ، بند 118 .

(2) المرسوم التنفيذي رقم 91-434 المـؤرخ فـي 09-11-1991 ، والمتضـمن تنظـيم الصـفقات العموميـة جريدة رسمية رقم 57،الصادرة في 13-11-1991،المادة 82، بمعنى " Garantie de parfait Achévement " (عن المجلة القانونية الإدارية الجزء 33 سنة 1995 ،المرجع السابق، بقلم المهندس إبراهيم يوسف ، ص 683) .

التسليم والتسلم المؤقت تنفـيذا مرضيا لرب العمل ،إذ أثناء هذه المدة يكون المقـاول مسؤول عن أعماله ، كإصلاح العيوب التي كانت محلا للتحفظات والعيـوب اللاحقـة التي يخطر بها رب العمل .

*** المرحلة الثانية : التسليم النهائي:**

بعد إتمام مدة << ضمان إتمام الأعمال على الوجه الأكمل >> وانتهاء المقاول من كافة الإصلاحات والعيوب التي اقتضتها التحفظات التي قررها رب العمل أثناء مدة الضمان - السابق الذكر - في محضر التسليم والتسلم المؤقت بتنفيذها تنفيذا مـرضٍ يعلن أو يقر رب العمل بتسلمه العمل وتقله بصفة نهائية - بنفس الطريقة التي قدمناها بالنسبة للتسليم المؤقت - و يثبت ذلك بتـحرير محضر التسليم والتسلم النهائي في هذا الشأن .

أما إذا سكت رب العمل بعد مضي مدة الضمان ، و إتمام الأعمال على الوجـه الأكمل ، وبعد إصلاح العيوب يعتبر أن التسليم قد تم ضمنيا ، أي ما يسمى بالتسـليم الحكمي [1].

ويترتب على إتمام التسليم النهائي أن تبرأ ذمة المقاول تجاه رب العمل من كـل العيوب الظاهرة أثناء عملية التسليم ، ولكنها لا تبرأ من العيوب الخفية التي قد تظهـر بعد انتهاء هذه المدة ، وهذا ما نراه بكثير من التفصيل في آثار التسلم . أما إذا لم يـتم التسلم النهائي لعدم إتمام الإصلاحات يبقى مكان العمل مفتوحا قانونا حتى يتم الإصلاح المطلوب بعد الاتفاق على إطالة المدة بين الأطراف وعلى نفقتـه وتحـت مسـؤولية المقاول أو بمعرفة مقاول آخر [2] .

- التسلم الكلي والجزئي :

يرى البعض أنه لا وجود للتسلم المؤقت والنهائي ، وإنما فـي الحقيقـة تسـليم جزئي لجانب من الأعمال ، وهو الجانب الذي لم يبد رب العـمل بشأنه أية تحفـظات

---

(1) راجع في ذلك المجلة القانونية الإدارية، المرجع السابق، بقلم المهندس إبراهيم يوسف ، ص 683.

(2) راجع د . ياسين عبد الرزاق حسين ، المرجع السابق ، ص 242 .

و منه تسري مهلة الضمان العشري بالنسبة له من يوم هذا التسليم ، وتسليم نهائي وهو جزئي أيضا ، يبدأ منه سريان مهلة عشرية أخرى خاصة بالجانب من الأعمال الـذي كان رب العمل قد تحفظ عليه ، متى كان المقاول قد عالج العيوب التي جعلت محـلا لهذه التحفظات [1].

ويكون التسلم الكلي والجزئي متأثرا بعملية الكم ، فإما يكون كليا بحيث يتم مرة واحدة على كل العمل محل العقود وإما جزئيا يتم على مراحل متتالية بحسب مـا يـتم إنجازه من عمل .

* **تسليم كلي :** من المفروض أن الأعمال تسلم كلية ، متى كان المقاول قد أتم الأعمـال ووضعها في مجموعها تحت تصرف رب العمل ، ومع ذلك قد يلجأ رب العمـل إلـى استعمال حقه بأخذ الأعمال جزئيا[2]، إذ لا يمنع أن يكون الاتفاق على إمكـان تجزئـة التسليم ، بمعنى حصوله على مراحل كلما أتم المقاول جزءا من الأعمال وفـي هـذه الحالة تكون مجموعة من التسليمات يرتب كل تسليم منها أثره من يوم حصـوله فـي خصوص الجزء من الأعمال الذي يتعلق به [3]، كأن تقضي مصلحة كل من المقـاول ورب العمل تسليم كل وحدة من المباني فور اكتمال الأعمال فيها .

وفي حالة تعاقد رب العمل مع عدة مقاولين بعقود منفصلة ، فـلا يشـترط أن يكون التسليم موحدا بينهم ، بل على رب العمل أن يتسلم من كل واحد منهم على حدى ما أنجزه من أعمال [4].

* **تسليم جزئي :** غالبا ما يكون التسلم في عقود مقاولات البنـاء قـابلا للتجزئـة إلـى مجموعة من المراحل ، حسب ما يتم انجازه من أعمال ، حسب طلب رب العمل ، وقد يكون هذا في مصلحة المقاول كذلك ،شريطة أن ينتفي المانع القانوني أو الاتفاقي عـن تجزئة التسلم . ويلاحظ في هذه الحالة أن تواريخ التسلم والمحاضر لكل مـرحلة على

---

(1) راجع في ذلك د . محمد شكري سرور ، المرجع السابق ، ص59 ، هامش 62.

(2) قرار وزاري في 21-11-1964 السابق الذكر، المادة 47 عن المهندس إبراهيم يوسف، المرجع السـابق، ص 683 .

(3) راجع في ذلك د . محمد شكري سرور ، المرجع السابق ، ص162 .

(4) En ce sens : Caston , Opcit ,p 98 , N 17. et Mazeaud (H. L. J)Opcit, p 87 N °1070-08.

حدى تتعدد بحسب عدد المرات ، ويترتب عن ذلك أن مدد الضمان العشري تبدأ في السريان بالنسبة لكل مرحلة على حدى حسب تاريخ تسلمها [1]، وإذا تم التسلم من عدة أجزاء متميزة كان للمقاول أن يستوفي من الأجر بقدر ما أنجز من العمل [2]. لكن السؤال الذي يطرح نفسه هل يؤخذ بالتسليم الجزئي النهائي كما هو الحال في التسليم الجزئي المؤقت حسب القانون المدني الجزائري ؟ .

فالمشرع الجزائري لم ينص عن التسليم الجزئي النهائي ، ولا نعرف موقف القضاء في غياب أحكام في هذا الشأن ، ومن الناحية العملية غالبا ما لا يأخذ رب العمل بالتسليم النهائي الجزئي ، وحسب رأي الدكتور إبراهيم يوسف أنه من غير المعقول أن يؤخذ بالتسليم الجزئي النهائي وتبريره في ذلك أنه بين التسليم الجزئي المؤقت الأول وبين آخر تسليم جزئي يمكن أن تمضي مدة طويلة مثلا سبع سنوات وإذا أضفنا العشر سنوات للضمان العشري فسوف تصبح المدة تفوت سبعة عشر سنة وهذا ما يرتب نتائج سلبية ـ علما أن مدة الضمان العشري هي مدة اختبار[3] ـ .

بالرجوع إلى القضاء الفرنسي وحتى المصري فقد أخذ بالتسليم الجزئي سواء كان مؤقتا أو نهائيا ، إذ كما يمكن أن يتم التسلم كليا يمكن أن يتم أيضا جزئيا حسب الأعمال المنجزة في كل مرحلة .

ب / 2 زمان ومكان التسلم :

ويتم التسلم في نفس وقت التسليم وبالضبط يلي مباشرة التسليم ، إذ يجب على رب العمل أن يبادر إلى تنفيذ التزامه بالتسلم بمجرد أن يتم المقاول العمل ويضعه تحت تصرفه فيسارع لفحصه طبقا لما هو جار في المعاملات وإن لم يتسلمه رغم إنذاره اعتبر أن العمل قد سلم إليه طبقا لنص المادة 558 ق.م.ج.

كما يتم التسلم وبالضرورة في ذات المكان الذي يتم فيه التسليم ، إذ أن محل الالتزام بالتسليم و التسلم عقار الذي يمتاز بالثبات والاستقرار على الأرض فلا يتصور تسلمه في مكان آخر[4] .

---

(1) راجع د . ياسين عبد الرزاق حسين ، المرجع السابق ، ص 246 .

(2) راجع د . محمد عبد الرحيم عنبر ، المرجع السابق ، ص230 ، هامش 502 .

(3) راجع المهندس إبراهيم يوسف ، المرجع السابق ، ص 682 و 683 .

(4) راجع د . عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني (العقود الواردة على عمل)، ج 1/7 ، بند 83 ، ص151 .

الفرع الثالث : آثار التسليم :

للتسلم آثار جد هامة ذات بعد زمني إذ يضع التسلم حـدا للالتزامـات العقديـة كتنفيذ الأعمال بالنسبة للمقاول أو الإشراف بالنسبة للمهندس ودفع الأجر بالنسبة لـرب العمل ،وغالبا ما تكاد تكون كل الآثار في صالح المقاول ، ومن أهم هذه الآثار والتـي تستهدفها دراستنا تلك الآثار المتعلقة بالضمانات ، وعليه نتناول الآثار الفرعيـة عـن التسلم ، من دفع باقي الأجر ونقل عبء تبعة العقار من هلاك وخراب ، في نقطة أولى والأثر الرئيسي للتسلم بالنسبة للضمان في نقطة ثانية مع إضافة أثـر آخـر بالنسـبة لانتهاء عقد المقاولة .

1 ـ الآثار الفرعية :

أ ـ دفع باقي الأجر :

حقيقة أن دفع الأجر التزام من التزامات رب العمل ، لكن دراسته لا تكون مـن هذه الزاوية بل ندرسه من ناحية وجوب دفع الباقي المستحق من الأجر باعتباره أثـر من آثار التسلم ، إذ يعتبر جزء من الالتزام بدفع الأجر ذاته تأخر حتى تمام التسـلم ، خاصة أن المعمول به في مقاولات البناء أن يدفع رب العمل جزء من الأجر مقدما قبل البدء في العمل [1]، أما الباقي من الأجر يقسم على أجزاء يدفع بعد تمام كل جـزء تـم إنجازه من العمل ، وعند الانتهاء الكلي منه تتم تصفية الحساب بـين المقـاول ورب العمل أو المهندس المعماري . وهذا تطبيقا لنص المادة 559 ق.م.ج << تدفع الأجـرة عند تسلم العمل إلا إذا اقتضى العرف أو الاتفاق خلاف ذلك >>. وقد يقوم المهنـدس المعماري بمباشرة المحاسبة النهائية مع المقاول بدلا من رب العمل شخصيا شريطة أن يكون هذا الأخير قد وكله صراحة أو ضمنا في ذلك ، على أن يقوم المهندس المعماري بالمهام الموكول بها في حدود هذه الوكالة ، ويقع إثبات وجود الوكالة على عاتق مـن يدعيه وبكل طرق الإثبات طبقا للقواعد العامة .

وفي حالة تمام التسلم وأجريت التسوية الختامية للمشروع وامتنع رب العمل عن دفع باقي الأجر كان قد أخل بالتزاماته التعاقدية ، وحق للمقاول أن يجبره على الوفـاء

---

(1) د . عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ج 7، بند 132 ، ص 197 وما بعدها .

ببقية الحساب طبقا للقواعد العامة ، سواء باستعمال الإكـراه المالي أو بتوقيع الحجـز على أمـواله وبيـعها بالـمزاد العلني ، و إذا كان رب العـمل لم يتسلـم العمـل فعليا جـاز للمـقاول الاستـيلاء على العمل ويحـبسه عن رب العـمل لإجـبارة على الوفاء [1].

ب ـ نقل عبء تبعة العقار :

نقصد بعبء تبعة العـقار كل من تبعة الهلاك وتبعة حراسة العقار الـذي تـم تشييده .

ب/1 ـ نقل عبء تبعة الهلاك :

من آثار التسلم انتقال معه تبعة هلاك العقار لسبب أجنبي من المقاول إلـى رب العمل باعتباره مالك للعقار ، فالشيء يهلك على مالكه طبقا للقواعد العامة [2]، بحيـث إذا هلك العقار بعد تسلمه بخطأ من رب العمل أو لسبب أجنبي تحمل هذا الأخير تبعـة ذلك فلا يمكنه الرجوع على المقاول ، مع بقائه ملزم بدفع ما تبقى من أجر المقاولـة وإن كان قد دفعه فلا يجوز له استرداده [3]، وإذا كان سبب الهلاك راجع لعيب المـادة التي و ردها المقاول لرب العمل أو لعيب في البناء ذاته ، وكان المقاول على علم بهـا أو بإمكانه ذلك لما له من خبرة ولم ينبه رب العمل بالعيب ، فلا يمكنه المطالبة ببقيـة الأجر ، ولرب العمل الرجوع عليه بتبعة هلاك العقار طبقا لقواعد المسؤولية العشرية كما سيأتي ذلك بالتفصيل .

وفي حالة إخطار المقاول لرب العمل بهذا العيب سواء فـي المـادة المـوردة أو للتصميم ، ومع ذلك لم يعبأ رب العمل بهذا الإخطار ثم هلك العقـار بعـد التسـلم تعود التبعة على عاتق رب العمل واستحق المقاول أجره وله إجباره على الوفاء طبقـا للقواعد العامة .

---

(1) د .محمد لبيب شنب، المرجع السابق ، بند 130، ص 127. د . عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ج 1/7، البنود 114 ، و 116، ص 202 و 206 .

(2) أنظر في ذلك د. عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ج 1/7 ، بند 53 ، ص 96 .

(3) د .محمد لبيب شنب، المرجع السابق ، بند 92، ص 109.

إلا أن قواعد تحمل تبعة الهلاك ليست من النظام العام ، لهذا يمكن للأطـراف الاتفاق على تحمل رب العمل تبعة الهلاك قبل تسلم العمل أو العكس أو لـمدة معينـة بعد التسلم [1].

ب/2 ـ نقل تبعة حراسة البناء من المقاول إلى رب العمل :

بمجرد التسلم ينتقل ما كان للمقاول من حراسة على البناء ـ في مرحلة تشييده ـ إلى رب العمل ، ونقصد بالحراسة السيطرة الفعلية عليه ، وبالتالي كان مسؤولا عن كل ما ينجم عنه من ضرر[2] .

بحيث قبل تسليم البناء لرب العمل تكون هذه السيطرة الفعلية قائمـة للمقـاول ، فهو الذي يكون بيده حفظه ومكنة وقاية الغير من خطره ، لذلك كان المقاول حـارس للبناء طول فترة تشييده حتى تسليمه لرب العمل ، فهو المسؤول عن ما ينجم عن البناء من ضرر للغير بسبب إهمال في الحفظ أو الصيانة أو عيب في البناء[3] .

وبتمام عملية التسلم تنتقل السيطرة الفعلية على البناء لـرب العمـل ، فيكـون مسؤولا عن كل ما يحدثه هذا البناء من ضرر للغير طبقا للقواعد العامة .

وقد قيل في هذا الصدد أنه بإمكان الغير المضرور الرجوع علـى رب العمـل بالتعويض عن الضرر الذي أصابه من البناء خلال التشييد و قبـل التسـليم باعتبـاره حارسا له ، كون المواد المستخدمة في البناء تصبح مملوكـة لـرب العمـل بمجـرد اندماجها مع البناء[4] .

لكن وجهة النظر هذه منتقدة،كون حراسة البناء بـالمعنى القـانوني لا تـرتبط بالضرورة بملكيته،بل تظل ثابتة للمقاول حتى تنتهي الأعمال وتسلم بالفعل لرب العمل.

وهناك من يرى أن انتقال الحراسة يترتب منذ التسليم المؤقت للأعمـال نتيجـة وضع رب العمل تحفظات على بعض الأعمال ، فبإمكانه مطالبة المقاول بإصـلاح كل

---

(1) د .محمد لبيب شنب، المرجع السابق ، بند90 ، ص 111.

(2) أنظر في ذلك د.عبد الرزاق السنهوري ،الوسيط في شرح القانون المدني نظرية الإلتزام بوجه عام- مصادر الالتزام ، ج 1 ، ط 2 ، دار النهظة العربية القاهرة بند 713 ، سنة 1981 ." إلا أنه في القانون المدني الفرنسي في المادة 1386 تجعل المسؤولية على مالك البناء وليس على حارسه".

(3) د . ياسين عبد الرزاق حسين ، المرجع السابق ، ص 270.

(4) د . محمد شكري سرور ، المرجع السابق ، ص 169 .

عمل ولو كان العيب بسيط وهذا لا يمنع من أن البناء ككل قد أصبح تحـت سـيطرة صاحبه منذ التسليم المؤقت [1]. إلا أنه طبقا للقواعد العامة في القانون المـدني ، فـإن المسؤولية عن البناء تقوم في حق المالك للبناء شخصيا لمجـرد كونـه مالكـا ، لأن المفروض هو الذي يسيطر عليه السيطرة الفعلية ،وهو المتصرف في أمره ، إذ طبقـا للمادة 140 ق.م.ج ، جعلت المسؤول في المسؤولية الناشئة عن سقوط المبـاني هـو المالك وليس الحارس [2] .

2 أثر التسلم بالنسبة للضمان :

يظهر أثر التسلم بالنسبة للضمان في أنه من جهة يعفي من المسـؤولية عـن العيوب الظاهرة في البناء ، وهو مبدأ سريان مهلة الضمان العشري من جهة ثانيـة ، وهذا ما سنتناوله في نقطتين .

أ ـ الإعفاء من العيوب الظاهرة :

إن تسلم الأعمال من طرف رب العمل بدون تحفظات يترتب عنه إعفاء المقاول من المسؤولية عن العيوب الظاهرة وقت حصول التسلم . ونقصد بالعيوب الظاهرة تلك التي كان بمكان رب العمل أو من ينوبه اكتشافها ببذل عناية الرجل العادي [3]، وعليـه يتحمل رب العمل نتيجة إهماله ، ويكون جزاء هذا الإهمال عدم إمكانية رجوعه علـى المقاول بالضمان ، لأن بتصرفه هذا ولد لدى المقاول ثقة مشروعة بأنـه قـد عفـى الطرف عن هذه العيوب متنازلا عن حقه في الرجوع بضمانها[4] .

فالأثر المعفي للتسلم يقتصر على العيوب الظاهرة دون الخفيـة ، فـإذا كانـت عيوب خفية لم يستطع رب العمل كشفه عند تسلم البناء ، فإن التسـليم لا يغطيـه ولا يسقط ضمان المقاول و المهندس عنه [5].

---

(1) د . محمد شكري سرور ، المرجع السابق ، ص 169 .

(2) د . بلحاج العربي ، النظرية العامة للالتزام في القـانون المـدني الجزائـري ، ج 1 ،دار النشـر ، ديـوان المطبوعات الجامعية الجزائر سنة 1999 ، ص 413 و 417 .

(3) د . محمد لبيب شنب ، المرجع السابق ، بند 108 ، ص127 .

(4) د . ياسين عبد الرزاق حسين ، المرجع السابق ، ص 274 .

(5) د . محمد شكري سرور ، المرجع السابق ، ص 166 .

وهناك من يعتبر هذا الأثر الاعفائي الناتج عن عملية التسلم لا يترتب على التسليم ذاته بل أساسه التنازل الضمني من طرف رب العمل عن هذه العيوب الظاهرة ،المستمد من قبوله للأعمال بحالتها الظاهرة التي كانت عليها عند التسلم ، وأن التسلم هو دليل على هذا القبول ، بحيث إذا كانت هذه العيوب خفية وقت التسلم ولم يكن يعلمها رب العمـل لا يعفى المقاول والمهندس من ضمانها .

ب ـ التسلم مبدأ سريان مدة الضمان العشري :

من أهم الآثار التي تترتب على التسلم أنه يشكل مبدأ سـريان مهلـة الضـمان العشري المنصوص عليه في المادة 554 /3 ق.م.ج ،" تبدأ مدة السنوات العشـر مـن وقت تسلم العمل نهائيا ". فبتمام عملية التسلم مستوفية كل الشروط القانونية تبدأ مـدة السنوات العشر المنصوص عليها في المادة المذكورة آنفـا ، بحيـث تنعقـد خلالهـا مسؤولية المقاول أو المهندس المعماري أو كليهما إذا توافرت باقي الشروط .

وهكذا يتضح من صراحة النص أن تاريخ تسلم العمل نهائيا يفصل بين نظامين مختلفين . نظام ما قبل التسلم وهو الذي تنعقد فيـه مسـؤولية المقـاول أو المهنـدس المعماري أو غيرهما طبقا للقواعد العامة للمسؤولية من عقدية و تقصيرية حسب كـل حالة ، ونظام ما بعد التسلم وهو الذي تنعقد فيه مسؤولية كل منهم طبقا لأوضاع خاصة وشروط معينة أوضحتها النصوص المنظمة لها في نطاق المسؤولية العشرية ، وهذا ما نرجئ بحث تفاصيله في المكان المخصص له من هذه الدراسة لاحقا .

ملاحظة : وهناك من يعتقد أن من آثار التسلم انتهاء عقد المقاولة كلية في علاقـة رب العمل بالمهندس أو المقاول نتيجة تصور خاص للطبيعة القانونية للمسؤولية العشـرية بعد تسليم الأعمال وهذا أيضا ما نرجئ تفاصيله و ما وجه إليه من انتقادات في الفصل الثاني المخصص لدراسة الطبيعة القانونية لهذه المسؤولية .

ومنه يمكن القول أن المشرع الجزائري كان جازما في مسألة بداية سريان مـدة الضمان ، والذي يعتبر في حد ذاته أحد الآثار الهامة المترتبة عن التسليم النهائي كمـا سبق الإشارة إليه ، و هذا لا يمنع من اعتبار تسلم العمل نهائيا من طرف رب العـمل و بدون إبداء تحفظات دليل على تقبله للعمل المنجز ، أما إذا امتنع رب العمـل عـن تسلم العمل دون سبب مشروع رغم دعوته إلى ذلك بإنذار رسمي اعتبر أن العمل قد

سلم إليه ، ومنه تسري مدة الضمان من وقت إعذاره [1] .

وفي حالة إذا تم تسليم الأعمال على عدة دفعات فتحسب مدة الضمان من وقـت أن تتم الدفعة الأخيرة ،إذا كانت المنشآت لا يمكن تجزئتها لإرتباطها من حيث متانتهـا أما إذا كانت المنشآت يمكن تجزئتها لعدم ارتباط أجزائها ، فإن مدة الضمان تبدأ فـي السريان من وقت تقبل كل جزء على حدى [2]، كما قد يحدث أن يقوم المقاول بإصلاح عيب ظهر أثناء مدة الضمان العشري ، وفي هذه الحالة تخول لرب العمل مدة جديـدة لضمان حسن تنفيذ أعمال الإصلاح ، وتحسب من يوم تسليم هذه الأعمال وتقبلها مـن طرف رب العمل ، هذا حسب جانب من الفقه ، إلا أن المشرع الجزائـري والقضـاء سكت بشأن هذه الحالة . ويرى القضاء الفرنسي أن أعمال الإصلاح تشكل من جانـب المقاول اعترافا بمسؤوليته عن العيوب التي تستدعيها من شأنه أن يقطع مدة الضـمان وتبدأ مدة جديدة من يوم تنفيذ هذه الأعمال في خصوص أجـزاء البنـاء التـي تـم إصلاحها فقط [3] .

---

(1) راجع في ذلك نص المادة 558 ق.م.ج ، " عندما يتم المقاول العمل ويصنعه تحت تصرف رب العمل وجـب على هذا الأخير أن يبادر إلى تسلمه في أقرب وقت ممكن بحسب ما هو جار في المعاملات فإذا امتنع دون سـبب مشروع عن التسلم رغم دعوته إلى ذلك بإنذار رسمي اعتبر بأن العمل قد سلم إليه ".

(2) راجع د .محمد لبيب شنب ، المرجع السابق ، ف 109 ، ص 130 . د . عبد الرزاق السنهوري ، ف 67 ، ص 122 . د .محمد ناجي ياقوت ، المرجع السابق ، ص 159 .

(3) راجع في ذلك د . محمد شكري سرور ، المرجع السابق ، ص 265 . و المهندس إبراهيم يوسف ، المرجـع السابق ، ص 674 .

المطلب الثاني

الطبيعة القانونية لمدة الضمان العشري

من المتفق عليه أن مدة الضمان المنصوص عليها في المادة 554 تعد مدة اختبار صلابة البناء وسلامته وليس ميعاد تقادم [1]، ويترتب على ذلك أن مدة الضمان لا تقبل الوقف ، كأن يوجد مانع يتعذر معه على رب العمل المـطالبة بحقه في الضـمان [2] ، كما لا تقبل مدة الضمان الانقطاع [3] ، وبانقضائه يمتنع على رب العمل التمسك بحقـه سواء عن طريق الدعوى أو عن طريق الدفع [4] .

إلا أنه طبقا للفقه والقـضاء الفرنسي يمكن انقطاع المدة العشرية في حالتين فقط هما :

1- حالة رفع الدعوى الموضوعية من قبل رب العمـل علـى المهنـدس المعمـاري والمقاول.

2- وحالة إقرار المهندس المعماري والمقاول حق رب العمل في الضمان [5] .

والملاحظ أن المشرع الجزائري حسم الموقف بهذا الشـأن وفـرق بـين مـدة الضمان وحددها بعشر سنوات تبدأ من يوم التسلم نهائيا ومدة التقادم وقـدرها بـثلاث سنوات تبدأ من وقت حصول التهدم أو اكتشاف العيب طبقا للمادة 557 ق.م.ج ،" تتقادم دعاوى الضمان المذكورة أعلاه بانقضاء ثلاث سنوات من وقت حصـول التهـدم أو اكتشاف العيب ".

وبما أننا توصلنا إلى أن مدة الضمان تختلف عن مدة التقادم،فهي مدة سـقوط لا توقف ولا تنقطع،فهل يمكن الاتفاق على إطالة هذه المدة ؟للإجابة على هذا السؤال لابد من بيان مدى تعلق مدة الضمان العشري بالنظام العام،كان هذا تمهيد للنقطة الموالية.

---

(1) د . محمد ناجي ياقوت ،المرجع السابق ، ص64 و د. ياسين عبد الرزاق حسين ،المرجع السابق، ص 299 .

(2) كأن يكون غير كامل الأهلية أو غائب أو محكوم عليه بعقوبة جنائية وليس له نائب يمثله قانونا .

(3) راجع في ذلك د . محمد لبيب شنب ، المرجع السابق ، ف 109 ، ص129 .و ، د. عبد الرزاق السـنهوري ، المرجع السابق ، ف 67 ، ص 123. و د . ياسين عبد الرزاق حسين ، المرجع السابق ، ص 300 .

(4) د. منصور محمد حسين ، المرجع السابق ، ص 82 و د.محمد شكري سرور، المرجع السابق ، ص 266 .

(5) د. محمد ناجي ياقوت، المرجع السابق،ص 169 و د. ياسين عبد الرزاق حسين،المرجع السابق ، ص 302.

الفرع الأول : مدى تعلق مدة الضمان بالنظام العام :

تنص المادة 556 ق.م.ج ، " يكون باطلا كل شرط يقصد به إعفاء المهندس المعماري والمقاول من الضمان أو الحد منه ".

وعلى هذا يبطل الاتفاق على تخفيض مدة الضمان لأن في ذلك حد منه ، ويفهم من هذا النص أن المشرع أراد إخضاع مدة الضمان بالنظام العام ومنه لا يجوز النزول عنهما مقدما ،إلا أنه يجوز لرب العمل النزول عن الضمان من قبل الملتزم به (المهندس أو المقاول) ولا يستطيع القاضي أن يدفع به من تلقاء نفسه [1].إلا أنه يجوز الاتفاق على إطالة مدة عشر سنوات ، لأن الممنوع هو الإعفاء أو الحد من الضمان لا التشديد فيه ، وبالتالي يجوز لرب العمل الاتفاق مع المقاول أو المهندس المعماري على أن تكون مدة الضمان أكثر من عشر سنوات ، إذا ما استدعته ذلك المباني التي هي في إطار الإنجاز ، كأن يحتاج اختبار صلابتها مدة أطول ، إلا أنه لا يجوز الاتفاق على تخفيض مدة العشر سنوات لأن في ذلك حد من الضمان وهو مالم تجيزه المادة 556 ق.م. ج ، السابقة الذكر[2] .

إلا أنه وإن لم يمنع المشرع من جواز إطالة مدة الضمان ، إلا أنه يجب التحفظ في ذلك ، لأن طبقا للقواعد العامة تتعلق بشروط الإذعان في التعاقد التي يذعن بموجبها الطرف الضعيف في العقد ، لصالح الطرف القوي (رب العمل) الذي قد يتعسف فيه.

ويترتب على اعتبار أحكام المسؤولية الخاصة من النظام العام ، رعاية لمصالح رب العمل ولا سيما رعاية الصالح العام ،ذلك أن تهدم المباني وما يشوبها من عيوب بالإضافة إلى إضرارها برب العمل إلا أنها تهدد أمن وسلامة أفراد المجتمع أيضا ويعرضهم للخطر في أموالهم وأنفسهم ، إلا أنه يرى جانب من الفقه أن تعلق أحكام المسؤولية الخاصة بالنظام العام فيها حماية أكثر لرب العمل الجاهل لفن العمران أما الغير والمصلحة العامة تحميها القوانين الجنائية وقواعد المسؤولية التقصيرية [3] .

---

(1) د . منصور محمد حسين ، المرجع السابق ، ص 82 .

(2) د . محمد ناجي ياقوت ، المرجع السابق ، ص 166 .

(3) د . ياسين عبد الرزاق حسين ، المرجع السابق ، ص 333 .

وخلاصة القول أن تعلق مدة الضمان العشري بالنظام العام تستلزم عدم الاتفاق علـى النزول عنه أو الحد منه مقدما ، لأن ذلك يتناقض مع حماية المصلحة العامة و الخاصة على حد سواء التي قصد المشرع حمايتهما بوضعه لهذه المسؤولية الخاصـة وهو بمثابة جانب وقائي .

أما إذا تحقق التهدم أو ظهر العيب الموجب للضمان ننتقل من الجانب الوقـائي (وهو حث المعماريين بذل العناية اللازمة) إلى جانب العلاجي وهـو رجـوع رب العمل على المقاول بالضمان ، و هذا الجانب العلاجي لا يتعلق بالنظام العـام [1]، ولا يجوز منعه من التـنازل عنها وإلا كان ذلك تقييد حريـته الشخصـية في التصـرف في حقوقه .

وبالرجوع إلى المادة 557 ق.م.ج ،يستفاد منها أن المشرع الجزائري قرر مـدة تقادم لدعوى الضمان بالإضافة إلى مدة الضمان ذاته ، ويفهم من ذلك أنـه إذا حـدث تهدم أو ظهر عيب بالمبنى في السنة العاشرة مثلا جاز لرب العمل رفع دعوى الضمان خلال ثلاث سنوات من يوم انكشاف العيب أو وقوع التهدم (وهـذا عكـس القـانون الفرنسي الذي يعتبر مدة الضمان هي نفسها مدة التقادم المقدرة بعشر سنوات ، وبالتالي إذا ظهر عيب أو حصل تهدم البناء في السنة الثامنة مثلا ، لا يكون لرب العمل سوى مدة عامين المتبقية من العشر سنوات ، بعد اكتشاف العيب لرفع دعوى الضمان) .

لكن قد يطرح تساؤل في حالة اكتشاف عيب أو حدوث تهدم في السنوات الأولى من بداية مدة الضمان ، كأن يكون في السنة الخامسة مثلا فكم هي المدة المتبقية لـرب العمل لرفع دعوى الضمان ، فهل هي مدة خمس سنوات المتبقية من الضمان العشري مضاف إليها الثلاث سنوات (مدة التقادم) المنصوص عليها فـي المـادة 557 ق.م.ج. وبالتالي تكون المدة ثمان سنوات ، أم هي ثلاث سنوات من تاريخ اكتشاف العيب ؟ .

إلا أنه الأخذ بالحل الأول فيه إهدار بحكم المادة 557 ق.م.ج. ، التي تنص على تقادم دعوى الضمان بانقضاء ثلاث سنوات من وقت حصول التهدم أو اكتشاف العيب.

---

(1) راجع في ذلك د.محمد لبيب شنب ، هامش 1 ، ص 128. و ، د . ياسين عبد الرزاق حسين ، المرجـع السابق ، ص 335 .

والأخذ بالحل الثاني يعاب عليه أنه فيه إنقاص لمدة الضمان التي تصل إلى ثمان سنوات بدلا من عشرة سنوات ، لكن نحن نعلم أن مدة العشرة سنوات هي مدة ضمان وليست مدة تقادم ، بمعنى أنها المدة اللازمة لحدوث التهدم أو ظهـور العيـب ومـن هذا الوقت فقط تبدأ مدة الثلاث سنوات لرفع الدعوى ، و هـذا لا يعنـي أن الضـمان ينتهي في السنة الثامنة بـل يبقى الضمان قائم إلى غاية نهاية العشرة سـنوات كـأن يظهر عيب آخر بعد السنة الثامنة وقبل نهاية العشر سنوات فتبقى دعـوى الضـمان جائزة [1] .

الفرع الثاني : أثر انتهاء مدة الضمان العشري:

سبق أن خلصنا إلى أنه يشترط لتغطية الضرر المدعى به بالبناء بالضـمان الخـاص المنصوص عليه في المادة 554 و ما بعدها من القانون المدني الجزائري ، أن يحدث فعلا خلال المدة القانونية للضمان وهي عشر سنوات التي تبدأ طبقا لصراحة نـص المـادة 554 في فقرتها الثالثة من يوم التسلم النهائي للعمل ،بالنسبة للأضرار التي تهدد متانـة البناء وسلامته ، بحيث إذا انقضت هذه المدة القانونية للضمان ولم يحصـل الضـرر برأت ذمة المهندس المعماري و المقاول نهائيا ، وبه لا يستطيع رب العمل الرجـوع عليهما بالمسؤولية أو الضمان الخاص بسبب ما يحدث بعد ذلك من تهدم كلي أو جزئي في البناء أو المنشأ الثابت الآخر أو ظهور العيب الموجب للضمان أو غير ذلـك مـن أشكال الضرر التي يشملها الضمان ، حتى و لو ثبت خطأ المهندس المعماري والمقاول بل وحتى ولو كان ذلك راجع إلى مخالفة عمدية لشروط ومواصفات العقد [2] ، لكن قـد يثور تساؤل في بعض الحالات كأن يلتزم رب العمل بتعويض مـن أصـيب بضـرر بسبب تهدم البناء ، فهل بإمكانه الرجوع على المهندس والمقاول ولـو انقضـت مـدة الضمان ؟. أو في حالة انكشاف العيب بعد انقضاء مدة الضمان رغم أنه كان موجـود في البناء قبل ذلك ، أو في حالة اكتشاف رب العمل عيب بالبناء بعد أن انقضت مـدة الضمان ، لكن بسبب إستعمال المقاول أو المهندس المعماري طرق احتيالية أو غـش كإخفاء العيب الظاهر ، وهذا ما سنتعرض إليه من خلال النقاط التالية :

(1) راجع في هذا المعنى د . منصور محمد حسين ، المرجع السابق ، ص 84 .

(2) د. محمد ناجي ياقوت ،المرجع السابق ، ص 172 ود. ياسين عبد الرزاق حسين ،المرجع السابق ،ص379 .

1- إمكانية الرجوع عن الألتزام بدفع التعويض للغير :

فيما يخص إمكانية رجوع رب العمل على المهندس أو المقاول بما دفعه من تعويض للمضرور بسبب تهدم البناء بعد انتهاء مدة الضمان ، فقد اختلفت الآراء في ذلك بين المؤيد والمعارض أمام سكوت النص عن ذلك .

يذهب بعض الفقه إلى إمكانية الرجوع ، باعتبار أساس رجوع الغير على رب العمل هو خطأ المقاول أو المهندس المعماري (1)، بالاستناد إلى المسؤولية التقصيرية وليس دعوى المسؤولية العشرية ، أين يكون أساس الدعوى خطأ تقصيري ارتكبه المقاول أو المهندس المعماري اتجاه الغير ، لا يلتزم رب العمل بتعويضه باعتباره ليس عدلا أن يتحمل تبعة خطأ الغير دون إمكانية الرجوع على مرتكب الخطأ .

إلا أنه يرى جانب آخر من الفقه عكس ذلك تماما ، لأن ليس بإمكان رب العمل الرجوع على المقاول أو المهندس المعماري بعد انقضاء مدة الضمان العشري ،حتى لو ثبت خطأ هما أو مخالفة عمدية لشروط العقد (2)، لأن المسؤولية العشرية أصلا هي من قبيل الضمان الطويل المدى وضعه المشرع على عاتق المعماريين (3)، وأنه لو منح لرب العمل إمكانية الرجوع هذه كان في ذلك تعسفا على حرية المعماريين ، وصار الضمان لمدة غير متناهية من الزمن ، وفي ذلك عدم استقرار المعاملات بين الأفراد من جهة ،وعدم فعالية النصوص القانونية من جهة أخرى ، كان ذلك رأينا أيضا في مدى إمكانية رجوع رب العمل على المعماريين في هذا الشأن ، خصوصا وأن المشرع بإقراره لمدة الضمان بعشرة سنوات كان فيها توازن بين مصالح العام والخاص في المجتمع ، وإنها مدة كافية لاختبار صلاحية و سلامة البناء واكتشاف العيوب .

ويضيف الدكتور عبد الرزاق حسين ياسين تدعيما آخر لهذا الرأي تطبيقا للقواعد العامة في تفسير كون الخاص يقيد العام ، لأن المشرع حدد مدة الضمان

---

(1) د .محمد لبيب شنب ، المرجع السابق ، بند 110 ، ص 132 .

(2) أنظر سابقا ، د . ياسين عبد الرزاق حسين ، المرجع السابق ، ص 381 . و ، د . محمد ناجي ياقوت المرجع السابق ، ص 172 . و د محمد لبيب شنب ، المرجع السابق ، بند 110 ، ص 132 . و ، د . محمد عبد الرحيم عنبر ، المرجع السابق ، بند 164، ص 202 . و د. عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ج 7 بند 67، ص 122 .

(3) د . ياسين عبد الرزاق حسين ، المرجع السابق ، ص 381 .

بعشرة سنوات من تاريخ التسلم النهائي ،بموجب نص خاص يجب التقيد به وإلا ما فائدة هذا التخصيص [1]، وأن ما دفعه رب العمل من تعويض للغير نتيجة خطأه أيضا في عدم قيامه بالتزامه بحراسة البناء .

2 ـ إمكانية رجوع رب العمل على المهندس المعماري أو المقاول بسبب عيب بالبناء اكتشف بعد انقضاء مدة الضمان العشري :

وفي هذه الحالة نفرق بين أمرين ، فإذا تفاقمت الأضرار ولو بعد انقضاء مـدة الضمان بسبب عيب اكتشف خلال هذه المدة ، فبإمكان رب العمـل الرجـوع لطلـب التعويض عن الأضرار المتفاقمة نتيجة العيب المكتشف خلال فترة الضـمان وهـذا طبقا للقواعد العامة [2] .

أما في حالة اكتشاف العيب بعد انقضاء مدة الضمان ، فهناك من ينـادي بحـق رب العمل في الرجوع على المهندس المعماري أو المقاول بالضمان بإثباته أن العيـب كان موجود قبل انقضاء المدة استنادا للمادة 2/554 ق.م.ج [3] .

إلا أن غالبية الفقه ينكر إمكانية الرجوع نظرا لانقضاء مدة الضمان التي تعتبر كافية لاختبار صلابة البناء وتجربته ولحدوث التهدم أو ظهور العيب ، بالإضافة إلـى الحجج السابقة الذكر في المسألة الأولى، باستثناء حالة إثبـات رب العمـل ارتكـاب المهندس المعماري أو المقاول غشا أو إستعملا طرقا إحتيالية أعاقت اكتشـاف العيـب خلال هذه المدة ، وهذا ما سنوضحه من خلال الفقرة الموالية .

3 ـ أثر الغش على مدة الضمان :

قد يتخذ المهندس المعماري أو المقاول طرق احتيالية أثناء عملية التسليم والتسلم تجعل رب العمل يتسلم العمل بما يتضمنه من عيوب دون قدرته على اكتشافه ، وفـي هذه الحالة نفرق بين أمرين أيضا ، فإذا ظهر العيب المخفي غشا أثناء فترة الضـمان العشري كان باستطاعة رب العمل مباشرة دعواه خلال ثلاث سنوات من وقت اكتشاف العيب طبقا للمادة 557 ق.م.ج ، ولا يكون بحاجة إلى إثبات الغش .

---

(1) د . ياسين عبد الرزاق حسين ، المرجع السابق ، ص 383 .

(2) د . محمد شكري سرور ، المرجع السابق ، بند 238 ، ص264 .

(3) د. محمد لبيب شنب،المرجع السابق، بند 109،ص 130.و،د.محمد شكري سرور،المرجع السابق،بند 238، ص264.

أما إذا ظهر عيب بالبناء أو تفاقمت آثاره بعد انقضاء مدة الضمان ، ففي هـذه الحالة لا يمكن لرب العمل الرجوع على المقاول أو المهندس المعماري هذا العيـب إلا بعد إثباته أن المقاول أو المهندس استعمل طرق احتيالية أو غشا حمله لتسلم العمل دون التنبه لهذا العيب .

ويثبت رب العمل الـغش بإثباته أنه ظهر بالبناء عيب خفي تعذر عليه كشـفه وأن المهـندس المعماري أو المـقاول كان على علـم به عند التسـلم وقصـد عـدم إطلاعه عليه وعليه أيضا إثـبات الوسائل الاحتـيالية المستعمـلة وفعاليتهـا بكـل وسائل الإثبات .

يستفاد من ذلك أنه في حالة اتخاذ طرق احتيالية من قبل المقـاول أو المهنـدس المعماري في إخفاء العيوب يترتب عنه استطاعة رب العمل مباشرة دعوى الضـمان دون التقيد بالمدة العشرية ، بمعنى أن دعوى الضمان العشري لا تسقط إلا بمرور مدة التقادم الطويل [1] .

إلا أنه رغم اتفاق الفقه على مسألة أثر الغش على مدة الضمان إلا أنهم اختلفـوا في الأساس الذي تقوم عليه ، بحيث غالب الفقه يرى أن الغش يخرج بالتعامـل مـن دائرة المسؤولية العقدية إلى دائرة المسؤولية التقصيرية ، ومنه فإن دعـوى الضـمان رغم أنها نشأت عن الإخلال بإلتزام عقدي ـ عقد مقاولة ـ إلا أن رجوع رب العمـل بهذه الدعوى لا يسقط إلا بمضي المدة اللازمة لتقادم دعوى المسؤولية التقصيرية [2]، وهذا ما استقر عليه القضاء الفرنسي[3] .

---

(1) د . ياسين عبد الرزاق حسين ، المرجع السابق ، بند 238 ، ص264 .

(2) د . منصور محمد حسين ، المرجع السابق ، ص83 . " قد يكون ما يصيب البناء من تهدم أو عيوب راجعا إلى غش المقاول أو المهندس، فهنا لا يلتزم رب العمل بمدة الضمان، بل يستطيع الالتجـاء إلـى دعـوى المسـؤولية التقصيريةالتي تسقط بالتقادم بمرور خمس عشرة سنة من وقت وقوع الغش وبثلاث سنوات من وقت العلم بالغش".
ويبرر القضاء الفرنسي ذلك بأن الغش يخرج عن دائرة العقد . إلا أنه خلافا لما هو ثابت ـ لا يطبق القضاء نفـس الحكم على الخطأ الجسيم لأن الخطأ مهما كانت جسامته لا يخرج عن النطاق العقدي ، ومن ثم لا تتم المساءلة عنه إلا خلال مدة الضمان المعماري .

(3) راجع في التطبيقات القضائية بهذا الشأن ، د. ياسين عبد الرزاق حسين ، ص 389 ، هامش 39 و 40 .

وهناك جانب آخر من الفقه لا يتصور انتقال المسؤولية من عقدية إلى تقصيرية في حالة وجود الغش ، بل يرى أنه يجب أن تبقى في النطـاق العقـدي ، لأن الغـش الصادر من المهندس أو المقاول أثناء عملية التسليم والتسلم يعيب رضاء رب العمل في قبوله للعمل فيعتبر التسلم كأن لم يكن ومنه تعتبر مدة الضمان لم يبدأ بعد سريانها طبقا للقاعدة كل ما بني على باطل فهو باطل ، ومنه نبقى في مجـال المسـؤولية العقديـة للمهندس المعماري و المقاول [1] .

ويستخلص من دراستنا لنطاق تطبيق الضمان العشري بشقيه النطاق الشخصـي والموضوعي المقررة في المواد 554 ق.م.ج ، ومـا بعـدها ، أن هـذين النطـاقين محدودين بالمقارنة بالمقارنة مع التقنين المدني الفرنسي الذي وسع كثيـرا فـي هـذا النطاق ولكن هذا لا يمنع كل من الإجتهادين الفقهي و القضائي التوسيع فـي تطبيـق أحكام هذه المسؤولية ، دون الخروج أو الإخلال بما ابتغاه المشـرع الجزائـري مـن وضعه لهذه المواد التي تنظم هذه المسؤولية التي لا جدال في كونها تشـكل مسـؤولية استثنائية أو خاصة تقررت على خلاف ما تقضي به القواعد العامة ، فهـي مسـؤولية مشددة تنطبق بتوافر شروط محددة حرص المشرع على النص عليها صراحة ، وعليه كان من الضروري أن نتوسع في البحث في مسؤولية المهندس المعماري والمقاول بعد إتمام العمل وتسلمه من خلال دراسة أحكام هذه المسؤولية الخاصة للتوصل لطبيعتهـا و مدى خصوصيتها مقارنة مع ما توجبه القواعد العامة ، وهذا ما نحن بصدد دراسته من خلال الفصل الثاني من هذا البحث .

---

(1) راجع في ذلك د . ياسين عبد الرزاق حسين ، المرجع السابق ، ص 390 . وفي نفس المعنى د .محمد لبيب شنب المرجع السابق ، ص131 ، بقوله ، " لكن إذا كان المقاول قد استعمل طرقا إحتيالية لحمل رب العمل علـى قبول بناء غير مطابق للمواصفات المتفق عليها ، فإن هذا القبول يكون باطلا.."

الفصل الثاني

الطبيعة القانونية للضمان العشري وعلاقتها بالقواعد العامة

الفصل الثا

الطبيعة القانونية للضمان العشري وعلاقته بالقواعد العامة

لم يترك المشرع الجزائري كغيره من التشريعات الأخرى المهندس المعمـاري ومقاول البناء في التزاماتهما خاضعان لأحكام الضمان العام ، التي تسري على كافـة عقود المقاولات ، بل وضع أحكام خاصة بضمان المهنـدس والمقـاول شـدد فيهـا مسؤوليتهما توقعا من المشرع ما قد يترتب على تهدم البناء من أضـرار لـيس فقـط لأطراف العقد بل أيضا للغير ما قد يسببه من خسائر مادية وبشرية (1) .

ومن أهم حالات المسؤولية المدنية المترتبة على عـاتق المهنـدس المعمـاري والمقاول عن نشاطهما في أعمال البناء ، حالة الضمان العشري الذي نصت عليه المادة 554 من القانون المدني الجزائري بأن "يضمن المهندس المعماري والمقاول متضامنين ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلي أو جزئي فيما شيداه من مبان أو أقاماه من منشآت ثابتة أخرى ، ولو كان التهدم ناشئا عن عيب في الأرض .

ويشمل الضمان المنصوص عليه في الفقرة السابقة مـا يوجـد فـي المبـاني والمنشآت من عيوب يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته...."

وبهذا الضمان العشري يكون المشرع قد أقام على كاهل كـل مـن المهنـدس المعماري والمقاول مسؤولية مشددة حتى يدفعهما إلى بذل العناية اللازمة فيما شـيداه من منشآت.

على أن يشمل هذا الضمان كل ما يحدث في المنشآت من تهدم كلي أو جزئـي ولو كان التهدم ناشئ عن عيب في الأرض ذاتها ، ويشمل أيضا ما يوجد في المنشآت من عيوب يترتب عنها تهديد متانة البناء وسلامته (2) شريطة أن يكون هذا العيب مـن الخطـورة يهدد متانـة البنـاء وصلابـته و إن لم يصـل إلى حد هـذه الجسامـة

---

(1) د . هدى حامد قشقوش ، المرجع السابق ، ص 40 .

(2) د.معوض عبد التواب ، التعليق على نصوص القانون المدني ، الجزء 3 ، طبعة 4 ، سنة 1998 ،ص 239.

تسري عليه القواعد العامة فتنتفي مسؤوليته بتسلم العمل إلا إذا كان خفيا) (1) ، فإقرار رب العمل بتسلمه البناء بحالته الظاهرة لا يعفي المهندس والمقاول من ضمان العيوب التي كانت خفية وقت التسليم ولم يكن يعلمها رب العمل .

فالتزام المقاول و المهندس المعماري لهذا الضمان العشري التزام بتحقيق نتيجة هي بقاء البناء الذي شيداه سليما ومتينا لمدة عشر سنوات بعد تسليمه نهائيا(2).

لقد أجمعت معظم التشريعات ولا سيما القانون المدني الجزائري علـى التـزام المهندس المعماري ومقاول البناء بالضمان العشري في مقاولات البناء ، لكن التسـاؤل الذي يطرح نفسه ما هي الطبيعة القانونية للضمان العشري الذي لا يقـوم إلا بتـوافر شروط محددة وإن كانت ذات طبيعة خاصة ما هي الآثار أو الخصائص التي يمتاز بها هذا النوع من الضمان ؟.

أما التساؤل الثاني الذي ينجر عن الأول ، ماهي الآثار المترتبة على تخلف أحد شروط هذا الضمان العشري أو المسؤولية الخاصة(3) ، فهل بالإمكان الرجـوع إلـى تطبيـق القواعد العامة في المسؤولية المدنية أم أن ذلك يؤدي إلى إفلات المهنـدس المعمـاري والمقاول من كل المسؤولية خاصة أو عامة ؟ .

هذا ما سنحاول دراسته من خلال هذا الفصل ، نتناول فـي المبحـث الأول الطبيعـة القانونية للمسؤولية الخاصة أو الضمان العشري ، وفي المبحث الثاني الضمان العشري والقواعد العامة في المسؤولية المدنية ونظامه القانوني .

---

(1) د . عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص 144 : إذ نلاحظ أن شرط الخفاء يعد حكما خاصا استحدثه التشريع الفرنسي الجديد في 4 يناير 1978 ولا سيما الجانب الفقهي .

(2) المادة 554/ 3 ق.م.ج " تبدأ مدة السنوات العشر من وقت تسلم العمل نهائيا " .

(3) إن المشرع الجزائري استعمل بشأن مسؤولية المهندس والمقاول تعبير " الضمان " أما المشرع الفرنسي إستعمل عبارة المسؤولية في المادة 1792 وعبارة الضمان في المادة 2270 ، ويرى الفقه بشأن العبارة الأكثر ملائمة فـي هذا المجال أن تعبير الضمان غير دقيق إلا إذا لم يقع على رب العمل إثبات خطأ المشيد .

إلا أنه لما كانت مسؤولية المشيدين مسؤولية مفترضة لا يعفيهم منها سوى إثبات السبب الأجنبي أصبح من اللائـق استخدام لفظ الضمان في التعبير عن هذه المسؤولية (راجع في ذلك د.محمد شكري سـرور ، المرجـع السـابق ، هامش 286 ، ص 271) .

ا بحث الأول

حديد الطبيعة القانونية للمسؤولية ا اصة وخصائصها

تعددت الاتجاهات والآراء الفقهية بشأن الطبيعة القانونية للمسـؤولية الخاصـة للمهندس المعماري ومقاول البناء فيما شيداه من مبان ومنشآت ثابتة أخرى ، ولا شـك أن في تحديد الطبيعة القانونية لهـذه المسـؤولية آثـار وخصـائص معينـة تتميـز بها هذه المسـؤولية مـن المفيـد التطـرق إليهـا ودراسـتها وذلـك مـن خـلال المطالب التالية .

ا طلب الأول

مصدر مسؤولية ا قاول وا هندس ا عماري بعد التسليم

لقد اختلف الفقه في بيان مصدر الالتزام الذي تترتب عنه مسؤولية المقاول والمهندس بعد التسليم على الإخلال به، وبالتالي تعـددت الآراء فـي تحديـد طبيعـة مسئوليتهما فهناك من يقول بأن مصدر هذه المسؤولية عقد المقاولة (مسؤولية عقدية)، نظرا لارتباط أطراف العقد بموجب عقد المقاولة ، فلا تترتب المسؤولية إلا إذا حصل تهدم أو عيب أي حصل إخلال بإلتزام عقدي ينشأ عن العقد المبـرم بـين المهنـدس والمقاول من جهة ورب العمل من جهة أخرى ، لذلك فإن مسؤولية المهندس المعماري والمقاول طبقا لنص المادة 554 ق.م.ج هي مسؤولية عقدية بحتة .

وهناك من يرى أنها مسؤولية عقدية قررها القانون لكل عقد مقاولة يرد علـى البناء بمعنى مسؤولية قانونية (Responsabilite légale) سواء نص على هذا الالتـزام صراحة في العقد أو لم ينص ، لأن هذا الالتزام (الالتزام بالضمان) يترتب على كـل عقد مقاولة بنص القانون (1) .

---

(1) د . فتيحة قرة ، المرجع السابق، ص 168 .

وهناك جانب آخر من الفقه وحتى القضاء يعتبـر أن مسـؤولية المقـاول أو المهندس المعماري الناجمة عن خلل في البناء بعد تسليمه هـي مسـؤولية تقصـيرية أساسها الفعل الضار ، لأن دعوى الضمان المعماري لا تستند إلى الإخـلال بـالتزام ناشئ عن عقد المقاولة الذي يكون قد انتهى بتسليم البناء ، ولكنها تستند إلى الإخـلال بالواجب العام المتمثل في عدم الإضرار بالغير (1) .

ويرجع هذا الاختلاف في الاتجاهات والآراء إلى مسألة تتعلق بتحديد ما لتسـليم الأعمال من أثر على عقد المقاولة نفسه في علاقة رب العمل بالمهندس أو المقـاول ، وهكذا سنتعرض إلى دراسة كل اتجاه على حدى وتبريرات موقفة ، لنصل إلى الطبيعة القانونية للمسؤولية العشرية أم هي طبيعة خاصة من نوع آخر.

الفرع الأول : مسؤولية عقدية بحتة:

يرى جانب كبير من الفقه والقضاء الفرنسي وحتـى المصـري أن مسـؤولية المهندس المعماري ومقاول البناء ذات طبيعة عقدية طالما أنها تترتب عـن الإخـلال بتنفيذ التزامات عقدية ، أنشأها عقد المقاولة ، ويطبق هذا أيضا على المقاولات المتعلقة بالمنشآت الثابتة التي تنشئ التزام خلوها من العيب ، فإذا تهدمت أو ظهر بهـا عيـب تحققت المسؤولية العقدية للمقاول والمهندس (2) .

ويرى بعض أنصار هذا الرأي أن المسـؤولية العشـرية ذات طبيعـة عقديـة للأسباب التالية :

يرجع بعض الشراح في الفقه الحديث مسألة الطبيعة العقدية للضمان العشـري إلى مدى اعتبار عملية تسليم الأعمال المنجزة محلا لإنهاء عقد المقاولة ، إذ يرون أن التسليم لا ينهي عقد المقاولة وبالتالي المسؤولية كانت عقدية ، تماما كما هـو الحـال بشأن عقد البيع (3) .

---

(1) د . منصور محمد حسين ، المرجع السابق ، ص 94 ، 95 .

(2) د .عبد الرحيم عنبر ، المرجع السابق ، ص 156 .

(3) د . محمد شكري سرور ، المرجع السابق ، ص 275 " فلا أحد فيه قد أيد أن تسليم الشيء المبيع ينهي العلاقة العقدية بين البائع والمشتري ، وأن ضمان العيوب الخفية تكون له طبيعة تقصيرية " .

معنى ذلك أن دعوى الضمان العشري تقوم على المسؤولية العقدية لأنها تنشـأ نتيجـة الإخلال بالتزامات مترتبة على عقد المقاولة ، وأساس ذلك أن التسـليم لا يغطـي إلا العيوب الظاهرة ، أما العيوب الخفية فلا تغطى بالتسليم ، ولكن يبقى المقاول مسـؤولا عنها المدة المحددة في القانون (1)، والتي هي مهلة الضمان لاختبـار سـلامة البنـاء وصلابته ، فالتسليم لا يعني تنازلا من جانب رب العمل عن كـل الضـمان بالنسـبة للعيوب التي يجهلها .

ويؤيد جانب آخر من الفقه الطبيعة العقدية للمسؤولية الخاصة (أو الضمان) لأن التسليم وإن رتب بعض الآثار القانونية إلا أنه لا يغير من طبيعة العلاقة بين المقـاول أو المهندس ورب العمل ، فالعقد الذي يحكم هذه العلاقة لا ينتهي بالتسليم لأن التسـليم يعتبر واقعة وليس تصرف قانوني وأن كل العقود التي يكون محل التزام المدين فيهـا القيام بعمل تتضمن مرحلتين هما :

مرحلة تنفيذ الالتزام و مرحلة التحقق من حسن أداء هذا التنفيذ ، وهـي مـدة الضمان ، التي تعتبر من ملحقات التنفيذ " وهذا يصدق على عقد المقاولة كما يصـدق على عقد البيع ..الخ من العقود "(2) .

وهكذا يؤكد الفقه الحديث الطبيعة العقدية للضمان العشري ، بل أن تكييفه كذلك أمر بديهي جدا ويستغرب تصور عكس ذلك ، كما أنه لا يصح حسب هذا الرأي لتحديد طبيعة المسؤولية الاعتماد على اللحظة التي يتحقق فيها الضرر ، بل على اللحظة التي يكون المهندس أو المقاول فيها قد خالف التزام كان عليه أن ينفذه على نحـو صـحيح وفي هذه اللحظة كان الطرفين مرتبطين بالعقـد ، ومنـه كـان الضـمان العشـري ذو طبيعة عقدية .

لكن رغم اتفاق الفقه على هذا التكييف لكنهم يفرقون ين اتجاهين :

الاتجاه الأول : يعتبر ضمان المهندس أو المقاول مجرد تطبيق عادي للقواعد العامة في المسؤولية العقدية لا استثناء فيه (3).

(1) د.محمد ناجي ياقوت ، المرجع السابق ، ص 294 .

(2) د.منصور محمد حسين ،المرجع السابق ،ص95 و د.محمد شكري سرور،المرجع السابق،ص276 بند251.

(3) En ce sens Boubli (B), le point de la Jurisprudence sur la responsabilité des Architectes et des entrepreneurs N°08 , P131 ,1975.

الاتجاه الثاني يعتبر ضمان المهندس أو المقاول ضمانا استثنائيا أو خاصا تعمد المشرع منحه إلى رب العمل في مواجهة المعماريين نظرا لجهله أصول فن المعمار ، ولأن هذا الضمان لا يحكم العلاقة بين المقاول الأصلي والمقاولين الفرعيين رغم وجود علاقة مقاولة بينهما (1).

كما فسر البعض استثنائية هذا الضمان لأنه مقرر لمصلحة كل من صاحب البناء والمشيد في آن واحد (2).

1 ـ بع f التطبيقات القضائية:

وجد هذا المبدأ تطبيقات قضائية كثيرة ، مثل ما ذهب إليه محكمة النقض الفرنسية في بعض أحكامها (3) ، ولا سيما محكمة النقض المصرية ، حين قضت في أحد أحكامها الشهيرة بأن " مسؤولية المقاول أو المهندس عن خلل البناء بعد تسليمه ، طبقا للمادة 409 مدني قديم – لا يمكن اعتبارها مسؤولية تقصيرية أساسهاالفعل الضارمن جنحة أو شبه جنحة مدنية ، ولا يمكن كذلك اعتبارها مسؤولية قانونية من نوع آخر مستقلة بذاتها ومنفصلة عن المسؤولية العقدية المقررة بين المقاول وصاحب البناء بمقتضى عقد المقاولة ، وإنما هي مسؤولية عقدية قررها القانون لكل عقد مقاولة وارد على البناء ، سواء نص عليها في العقد أم لم ينص ، كمسؤولية البائع عن العيوب الخفية فإنها ثابتة بنص القانون لكل عقد بيع على أساس أنها مما يترتب قانونا على عقد البيع الصحيح " (4).

وأخذت محكمة النقض المصرية حديثا بوجهة النظر هذه حين قضت بأن

" ضمان المهندس المعماري أساسه عقد يبرم بينه وبين رب العمل يستوجب مسؤوليته

---

(1) د.محمد شكري سرور ، المرجع السابق ، ص 278 و 279 ، بند 254.

(2) د.محمد شكري سرور، المرجع السابق،ص 279،هامش 318، بند 254 ،وأنظر في ذلك كاستون (gaston) ص 29 ، بند 36 .

(3) نقض مدني فرنسي بتاريخ 1931/10/26 ،دالوز ،1931 ،ص 569 عن د. محمد عبد الرحيم عنبر،ص 156.

(4) راجع د.عبد الرحيم عنبر،ص 156 ، و، د.محمد شكري سرور ، ص 278 ، و د.منصور محمد حسين،ص 93 ،وهو نقض مدني مصري بتاريخ 1939/01/05، بالإضافة إلى حكم آخر قربها من مسؤولية البائع ، نقض بتاريخ 1955/06/09 .

عن أخطاء التصميم أو عيوب التنفيذ " (1).

وقضت أيضا بأن " ضمان المهندس المعماري لتهدم البناء وللعيوب التي تهدد سـلامته أساسه المسؤولية العقدية المنصوص عليها في المادتين 651 ، 652 من القانون المدني، فهو ينشأ عن عقد مقاولة يعهد فيه رب العمل إلى المهندس المعماري بعمل لقاء أجر ، فإذا تخلف عقد المقاولة فلا يلتزم المهندس المعماري قبل رب العمل بهـذا الضـمان ، وإنما تخضع مسؤوليته للقواعد العامة في المسؤولية المدنية (2).

يستفاد من هذه الأحكام القضائية أن مسؤولية المهندس المعماري ومقاول البنـاء عن ما يصيب البناء أو المنشأ الثابت الآخر من تهدم كليا كـان أو جزئيـا أو ظهـور عيوب تهدد متانة وسلامة البناء ، تقام على أساس المسؤولية العقديـة التـي قررهـا القانون في عقود المقاولات الواردة على البناء ، لأن هذا الضمان لا يمكـن أن يقـوم بدون ذلك العقد ، فالعقد مصدر الضمان ، رغم تدخل المشرع بتنظيم أحكامه بقواعـد خاصة التي وضعت من أجل اعتبارات تتعلق بالنظام العام الاقتصـادي والاجتمـاعي حماية للمصلحة العامة والخاصة .

2-الآراء المنتقدة للطبيعة العقدية للضمان :

1- المفروض لمساءلة المقاول و المهندس المعماري في هذا الضمان أن يثبـت رب العمل وجود عقد مقاولة يربط بين الطرفين يتضمن التزاماتهما ، وأن يثبت أيضا وقوع التهدم الكلي أو الجزئي أو ظهور العيب في البناء من جهة ومن جهة ثانية يثبت المقاول أنه قام بالعمل طبقا لشروط العقد ويثبت أنه حقق النتيجة اللازمة ليتخلص مـن هذه المسؤولية ، وإلا أعتبر مخطئ وتحمل المسؤولية – إلا إذا أثبت السبب الأجنبي – وبالمقابل لا يكلف رب العمل بإثبات أي خطأ في جانب المقاول ، ومنه نستنتج أن هذا ليس من طبيعة المسؤولية العقدية التي توجب إثبات الخطأ العقدي ، والضرر ، وعلاقة السببية (3).

---

(1) نقض بتاريخ 1973/11/27 ، س 24 ، ص 1146 ، عن د . منصور محمد حسين ، ص 93 .

(2) نقض بتاريخ 1975/05/31 ، س 26 ، ص 1148 ، عن د . منصور محمد حسين ، ص 93 .

(3) د . عبد الرحيم عنبر ، المرجع السابق ، ص 157، هامش 147.

2- إذا سلمنا بأن المسؤولية العشرية من قبيل المسؤولية العقدية ، معنى ذلك أن الخطأ الواجب توافره لقيام المسؤولية العقدية هو عدم قيام المقاول بتحقيق الغاية التـي تعهد بتحقيقها ، أي عدم تنفيذ التزامه العقدي تنفيذا عينيا ، وهو ما قام بانجـازه فعـلا وسلمه لرب العمل .

لكن أمام تدخل المشرع بنص صريح ورتب المسؤولية بافتراض وقوع الخطـأ في جانب المقاول والمهندس ، إفتراض لا يقبل إثبـات العكـس ، فهـذا لا يعنـي أن المسؤولية عقدية حسب رأي البعض (1).

3- طبقا للقواعد العامة تقوم المسؤولية العقدية نتيجة عدم تنفيذ المدين (المقاول) لالتزامه التعاقدي ، إلا أنه بالرجوع لمسؤولية المقاول والمهندس المعماري الخاصة لا نجد فيه هذا الشرط .

4 - لو سلمنا بأن مسؤولية المقاول والمهندس المعماري مسؤولية عقديـة،جاز الاتفاق على الإعفاء منها،إلا أنه بالرجوع للمادة 556 من القانون المـدني الجزائـري "يكون باطلا كل شرط يقصد به إعفاء المهندس المعماري والمقاول مـن الضـمان أو الحد منه".

5- في حالة انتقال ملكية البناء لشخص آخر عن طريق البيـع مـثلا لا يمنـع المشتري من الرجوع على المقاول أو المهندس المعماري لتعويضـه عـن الأضـرار الناتجة عن التهدم كليا كان أو جزئيا أو عن العيوب التي تظهر في البناء ، إذا حدث في المدة المحددة قانونا ، ولو لم ينص صراحة في عقد البيع على انتقال هذا الحـق إليـه لأن الحق في الرجوع بالضمان قد انتقل مع البناء إلى الخلف طبقا لنظرية الاستخلاف في الحقوق والالتزامات ، ويجوز للمشتري الرجوع على البـائع (وهـو رب العمـل) بضمان العيب ، ويكون لهذا الأخير الرجوع بدوره على المهندس والمقاول .

والملاحظ أن هذا الحكم يتعارض مع طبيعة المسؤولية العقدية ، لعدم ارتبـاط المشتري مع المقاول أو المهندس المعماري بعقد تترتب عليه هذه المسؤولية .

ومنه يذهب المعترضون إلى أن هذه المسؤولية ليست مسؤولية عقدية .

---

(1) بالرجوع إلى المادة 2270 من القانون المدني الفرنسي تتطلب تكليـف رب العمـل بإثبـات خطـأ المقـاول والمهندس المعماري في ظهور العيب، فانه تكليف يتنافى مع طبيعة الخطأ العقدي ، راجع، د.عبد الـرحيم عنبـر، المرجع السابـق ، ص 158 .

الفرع الثاني : مسؤولية عقدية قررها القانون :

يعتقد جانب من الفقه أنه بالتسليم ينتهي عقد المقاولة كلية في علاقة المهندس أو المقاول برب العمل ، ويصدر هذا الاعتقاد عن تصـور خـاص للطبيعـة القانونيـة للمسؤولية العشرية اللاحقة على تسليم الأعمال ، وهذا ما سنحلله في هذا الفرع.

يترتب على التسليم النهائي بدء سريان مدة الضمان العشري بموجب نص القانون على أن يمتد هذا الضمان إلى ما بعد تسلم المباني على خلاف ما يقتضيه المبدأ العـام في عقد المقاولة من انقضاء الالتزام بالضمان بتسلم البناء ، فتكون مسؤولية المقـاول والمهندس عقدية قررها القانون لكل عقد مقاولة وارد على البناء سواء نص عليها فـي العقد أم لم ينص عليها، وليس لرب العمل طلب الإصلاح العيني لأن الأمر ليس متعلقا بتنفيذ الالتزام التعاقدي كون المقاول أوفى به وسلم العمل ، بل هـو متعلـق بضـمان اضافي خوله القانون (1).

كما يذهب أنصار هذا الاتجاه إلى أن تسليم العمل في حالة سـليمة ينهـي عقـد المقاولة ، وبالتالي قد نفذ الالتزام وانتهت آثاره ، ولا يبقى المهندس والمقاول مسؤولين بعد هذا التسليم إلا بإرادة المشرع ، وبالتالي تكون هذه المسؤولية قانونية تستند لـنص صريح غير وارد في القواعد العامة، وعلى هذا الأساس جاء حكم لمحكمـة الـنقض المصرية يأخذ بالتصور الذي يرى في تسليم الأعمال منتهيا لعقد المقاولة كقاعدة عامة يقضي بأن " عقد استئجار الصنع لعمل معين بالمقاولة على العمل كله أو بأجرة معينة على حساب الزمن الذي يعمل فيه أو العمل الذي يقوم به، يعتبر بحسب الأصل منتهيا بانقضاء الالتزامات المتولدة عنه على الصانع ورب العمل بتسلم العمل مقبـولا وقيـام رب العمل بدفع ثمنه "(2) ، لكنها أشارت إلى خروج المشرع عن هـذا الأصـل فـي خصوص مقاولات المباني بصريح النص ، بأن جعل المقـاول والمهنـدس ضـامنين متضامنين للخلل الذي يلحق البناء في مدة عشر سنوات .

و بذلك مد القانون ضمان المقاول والمهندس المعماري إلى ما بعد تسلم المباني على خلاف ما يقتضيه عقد المقاولة من انقضاء الالتزام بالضمان بتسلم البناء مقـبولا

(1) د. عبد الرحيم عنبر ، المرجع السابق ، ص 161 ،

(2) نقض مصري بتاريخ 1939/01/05 ، عن د. محمد شكري سرور ، ص 275 .

بحالته الظاهرة دون إبداء أي تحفظ (1) .

أما فيما يخص الفقه والقضاء ، فقد ذهبا إلى أن مسؤولية المقاول والمهندس عما يصيب المباني من تهدم كلي أو جزئي أوعن ما يظهر فيها من عيوب وإن سلمنا أنهـا حقيقة مسؤولية عقدية -حسب ما ذهب إليه أنصار الرأي الأول- إلا أن أحكام القواعد العامة للمسؤولية العقدية لا تنطبق تماما على مسؤولية المقاول والمهندس ، لأن القواعد العامة تقضي بانقضاء الالتزامات الناتجة عن العقد بمجرد تنفيذه ، لكن بشأن مسؤولية المهندس والمقاول تدخل المشرع وخرق هذا المبدأ العام واعتبر العقد يمتد لمدة معينـة بعد التسليم (2) .

وقد أخذ القضاء الفرنسي بهذا الرأي حيث قضت محكمة النقض الفرنسية فـي حكم حديث لها " أن المقاول يكون مسؤولا عن أية خسارة في البناء بمقتضـى نـص المادة 1792 من القانون المدني الذي لا يطبق إلا على الأشخاص المرتبطين مباشـرة برب العمل بعقد " (3) .

يستفاد من هذا الاتجاه أن هذه المسؤولية " مسؤولية قانونية ناشـئة عـن نـص القانون مباشرة " ، لأن كل التزام مصدره القانون حقا سواء كان مترتب على العقد أو على العمل غير المشروع أو على الإثراء بلا سبب ، فكل هذه الالتزامـات مصـدرها القانون ، فالقانون هو الذي أنشأها وحدد أركانها وأحكامها ، لكن هذه الالتزامات لهـا مصدر مباشر سوء كان هذا المصدر عملا قانونيا (العقد) أو عملا ماديا (العمل غيـر المشروع أو الإثراء بلا سبب) .

إلى جانب هذه المصادر المباشرة يختار القانون حالات خاصة ، ويرتب في كل حالة منها التزاما يستند إلى عمل قانوني أو عمل مادي،لكـن يستـند إلـيه لا كمصدر

---

(1) يجب لقبول دعوى الضمان هذه أن يكون العيب من الخطورة ، بحيث يهدد متانة وسلامة البناء ، وأنه ليس بامكان رب العمل اكتشافه وقت التسلم ، بحيث إذا كان ظاهرا فلا يسأل عنه المقاول ما دام رب العمل تسـلم البنـاء بدون تحفظ .

(2) د . عبدالرحيم عنبر ،عقد المقاولة ، دراسة مقارنة بين تشريعات الدول العربية ، دار النشر للجامعات المصرية ط1 سنة 1977 ، ص 160 ، هامش 329.

(3) نقض فرنسي بتاريخ 1965/04/05 مشار إليه في المرجع السابق للدكتور عبد الرحيم عنبر ص161 هامش 330

عام بل كواقعة تنشئ الالتزام في هذه الحالة وحدها دون غيرها ، فالواقع أن القـانون هو المصدر المباشر لهذا الالتزام إذ أنشأه لا عن طريق نص عـام بل نص خاص عن هذه الحالة بالذات حدد نطاقها و رتب أحكامها ، ولذا يمكن القـول هنـا أن الـنص القانوني هو المصدر المباشر لهذا الالتزام بالضمان (1) .

لقد انتقد هذا الاتجاه بأن قبول التسلم لا يضع حدا نهائيا للعقد لأنـه لا يعفـي المقاول والمهندس المعماري إلا بالنسبة للعيوب الظاهرة (2) .

الفرع الثالث : مسؤولية تقصيرية أساسها الفعل الضار:

رغم إجماع غالبية الفقه الفرنسي أن مسؤولية المقاول والمهندس المعماري عن تهدم البناء أو ظهور عيب به يهدد متانة وسلامة البناء ، هي مسؤولية عقدية وأن تدخل المشرع تدخل لينظم أحكامها بقواعد خاصة ، كما سبق بيانه إلا أن القضاء الفرنسـي اعتبرها من خلال بعض أحكامه مسؤولية تقصيرية أساسها الفعل الضار(3) .

على أساس أن ضمان المقاول لجودة العمـل – وهـو الضـمان القـائم علـى المسؤولية العقدية- ينتهي بتسلم العمل لصاحبه ، ولما كان التسليم يغطي كل العيـوب التي تظهر بعده ، معنى ذلك أن الالتزام ليس هو الالتزام التعاقدي الذي ينتهي بالتسليم وإنما هو التزام تقصيري .

كما ذهب القضاء الفرنسي في البداية إلى اعتبار دعوى الضمان المعماري يقوم على أساس المسؤولية التقصيرية ، لأنها لا تستند إلى الإخلال بالتزام ناشئ عن عقـد المقاولة الذي يكون قد انتهى بتسليم البناء ، ولكنها تستند إلى الإخلال بالواجب العـام وهو عدم الإضرار بالآخرين (4) .

---

(1) راجع ، د .عبد الرحيم عنبر ، المرجع السابق ، ص 162 و 163 ، وعبد الرزاق السنهوري ، ج 1، بند 902 ، ص 1276 و 1277 بقوله أن "في الالتزامات ذات المصادر المباشرة يكون المصدر المباشـر هـو المصـدر الأول للالتزام ثم يأتي القانون بعد ذلك كمصدر غير مباشر ، أما في الالتزامات القانونية ، فالقـانون هـو المصـدر الأول والأخير فالنص القانوني هو الذي ينشئ الالتزام مباشرة دون أن يستند في إنشائه إلى واقعة أخرى كمصدر مباشر "

(2) المهندس إبراهيم يوسف ، المرجع السابق ، ص 681 .

(3) د.عبد الرزاق السنهوري ، ج 7 ، ص 133 هامش رقم 1 .

(4) د . منصور محمد حسين ، المرجع السابق ، ص 95 .

إلا أن هذا الرأي انتقد(1) **لعدة أسباب منها** :

1- طبقا للقواعد العامة في المسؤولية التقصيرية لابد لقيامها إثبات خطأ في جانب كل من المهندس المعماري ومقاول البناء ، هذا الخطأ الذي نجم عنه تهدم البناء أو ظهور عيوب على درجة من الخطورة مما تسبب في إلحاق ضرر للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض ، ومنه فإن أركان المسؤولية ثلاث ، كما هو معروف ، الخطأ، الضرر ، علاقة السببية .

لكن بالرجوع إلى مسؤولية المقاول والمهندس عن تهدم البناء أو ظهور عيب يهدد متانته ، تقام على أساس خطأ مفترض لا يقبل العكس ، أي المسؤولية توجد ولو لم يكن خطأ .

2- لو حاولنا المقارنة بين كل من المسؤولية العقدية والتقصيرية لوجدنا أن دعوى المسؤولية العقدية لا يعوض المضرور فيها إلا عن الضرر المتوقع ، أما في دعوى المسؤولية التقصيرية يعوض عن كل ضرر مباشر ولو كان غير متوقع ، ومنه لا يمكن اعتبار مسؤولية المقاول أو المهندس مسؤولية تقصيرية .

3- إن المسؤولية التقصيرية تتحقق عندما يرتكب شخص خطأ يصيب الغير بضرر، بحيث يكون المضرور أجنبي عن مرتكب الخطأ فلا يربطهما عقد ، أما في المسؤولية العقدية يشترط وجود عقد بين الدائن والمدين وأن يكون الضرر الذي ألحق المضرور نتيجة عدم تنفيذ العقد ، وهذه الحالة تنطبق أكثر على العلاقة بين المهندس أو المقاول برب العمل .

4- تقضي أحكام ضمان العيب الخفي طبقا للقواعد العامة للمسؤولية التقصيرية أنه لا يتحقق إلا إذا وجد العيب أو على الأقل وجدت جرثومته قبل التسليم ، و هذا لا يتفق مع أحكام المسؤولية الخاصة للمهندس والمقاول اللذان يسألان حتى عن العيب الذي لم يكن موجودا قبل تسليم العمل .

كما يذهب جانب من الفقه إلى اعتبار مناط المسؤولية المدنية لمهندسي ومقاولي البناء في علاقتهم برب العمل مسؤولية تقصيرية كلما توافرت شروطها ، بحيث رغم ارتباطهما بعقد مستقل مع رب العمل إلا أنه لا يمكن تقدير مسؤولية كل

---

(1) د . عبد الرحيم عنبر ، المرجع السابق ، ص 164 وما بعدها .

واحد بمعـزل عن الآخر وذلك في ارتباطهم على المستوى العملي (1) .

ومن أهم مظاهر أخطاء المهندس في علاقته برب العمل أن يخطئ فـي التصـميم أو سوء الإدارة ، أو الإهمال في الإشراف على التنفيذ أو التقصير في معاونة رب العمل وتقديم المشورات الخاطئة .

كما قد يسأل المهندس والمقاول مسؤولية تقصيرية إذا حدث ضرر للغير أو أن يسألا تقصيريا في مواجهة رب العمل " أو مالك البناء " إذا اعتبر من الغير - كما هو الوضع في بعض الفروض - وتأخذ هذه المسؤولية صورة الخطأ من جانب المشيدين ويجب في هذه الحالة إقامة الدليل على وجوده من جانب المضرور ، كما فـي حالـة مضايقات الجيران إلى الحد الغير مألوف ، وقد تكون مسؤوليتهم التقصيرية مفترضـة على أخطاء تابعيهم أو عن الأضرار الناتجة عن أشياء خطرة في استخدامهم أو أبنيـة تحت حراستهم هم مسؤولون عنها (2) .

5- لا تنتفي مسؤولية المقاول أو المهندس بجهل سبب التهدم أو العيب ، لأن إلتزامهما بالضمان في المقاولات الواردة على البناء هو التزام بتحقيق نتيجة يتمثل في بقاء البناء المشيد سليما ، فلا حاجة لرب العمل إثبات خطأ في جانب المقاول أو المهندس ، بـل يكفي تحقق التهدم أو العيب بالمبنى خلال المدة القانونية للضمان ، فهذا هو ذاته الخطأ كما هو الحال في كل التزام بتحقيق نتيجة ، وهـذا يتنـافى مـع أحكـام المسـؤولية التقصيرية التي كان لا بد فيها من إثبات الخطأ والضرر وعلاقة السببية .

هذا من جهة ، ومن جهة أخرى يمكن للمقاول أو المهندس نفي المسؤولية بإثبات السبب الأجنبي ، إما لقوة قاهرة أو لخطأ رب العمل طبقا للقواعد العامة ، لكن خطـأ رب العمل في هذه الحالة لا يقطع دائما علاقة السببية ، وبالتالي لا ينفي الضمان كـأن يرجع العيب إلى المواد المستخدمة والتي أحضرها رب العمل ، فرغم إثبات المقـاول ذلك لا ينفي عنه المسؤولية ،لأنه كان باستطاعته كشف العيب وتنبيه رب العمل لـه ، وبالتالي كان خطأ في جانب المقاول أيضا ، ومنه يشارك رب العمل في المسؤولية كل بحسب جسامة خطأه .

---

(1) د . هدى حامد قشقوش ، المرجع السابق ، ص 39 و د .محمد شكري سرور ، المرجع السابق ، ص 103.

(2) د . هدى حامد قشقوش ، المرجع السابق، ص 40 .

ويستخلص من هذه الانتقادات أنه لا يمكن اعتبار مسؤولية المقاول والمهندس عما يلحق البناء من تهدم أو عيوب مسؤولية تقصيرية ، هذا ما قضت به محكمة النقض المصرية في أحد أحكامها بقولها " مسؤولية المقاول والمهندس عن خلل البناء بعد تسليمه ... لا يمكن اعتبارها مسؤولية تقصيرية أساسها الفعل الضار... " [1] .

فلما كانت مسؤولية المقاول والمهندس عن خلل في البناء بعد تسليمه ، لا يمكن اعتبارها مسؤولية عقدية بحتة لعدم إمكانية تطبيق أحكام القواعد العامة بحذافرها على هذا النوع من الضمان ، كما لا يمكن اعتبارها مسؤولية تقصيرية لعدم إمكانية إنكار طبيعة العلاقة بين المقاول أو المهندس برب العمل التي تطغى عليها الطبيعة التعاقدية لكن بالمقابل نجد تدخل المشرع بتشديد هذا الضمان في مقاولات البناء وجعل المقاول والمهندس ملتزمان بالضمان حتى بعد تسليم الأعمال لمدة عشر سنوات طبقا لأحكام خاصة ، وفي هذا خروج عن القواعد العامة في المسؤولية ، وعليه ما هي الطبيعة القانونية لمسؤولية المقاول والمهندس ؟ وهذا ما سنعالجه في المطلب الثاني .

المطلب الثاني

الطبيعة الأستثنائية للمسؤولية الخاصة بمقاولات البناء وآثار ذلك

نظرا لتقدم العمران وانتشاره ، ازداد تغلغل الهندسة في مختلف مرافق الحياة بشكل جعل من الضروري ارتباط الهندسة بالقانون ، لدرجة تدخل المشرع في المجال العقدي بوضعه لأحكام آمرة تخالف المعهود في القواعد العامة لإعتبارات تتعلق بالنظام العام ، وعلى وجه الخصوص حماية أصحاب الأعمال والصالح العام ، بأن جعل المهندس والمقاول مسؤولان مسؤولية تامة بالتضامن عن كل خطأ يصيب المباني التي شيداه لمدة عشر سنوات بعد التسليم ، وهذا لجعلهما أكثر حرصا على الالتزام بقواعد فن العمران التي غالبا ما يكون رب العمل جاهلا لها .

---

(1) د.محمد شكري سرور ، المرجع السابق ، ص 278 و د. منصور محمد حسين ، المرجع السابق ،ص 93، و د . عبد الرحيم عنبر ، المرجع السابق ، ص 167.

على هذا الأساس تدخل المشرع بوضع أحكام خاصة تحكم مسؤولية المهندس والمقاول بجعل طبيعة هذه المسؤولية من نوع خاص تمتاز بخصوصيات ويترتب عليها آثار معينة .

الفرع الأول : الطبيعة القانونية للضمان العشري:

إن تعبير المسؤولية الخاصة أو العشرية بالمهندس المعماري ومقاول البنـاء لمنبئ بذاته عن أن هذه المسؤولية تحكمها قواعد اسـتثنائية خاصـة بهـا ، تختلـف عن القواعد التي تحكمها المسؤولية الخاصـة بوجـه عـام ، سـواء العقديـة منهـا أو التقصيرية (1) ، فلم يكتف المشرع الجزائري كغيره من التشريعات الأخرى بالقواعد العامة في المسؤولية المدنية في مجال البناء والتشييد ، بل قرر مسؤولية استثنائية ذات طبيعة خاصة ، تتسم بالتشدد الذي يتفق مع خطورة الأضرار المترتبة علـى عيـوب البناء وتعلق سلامة المباني بالمصلحة العامة .

وهذا ما دفع غالبية الفقه لا سيما الفرنسي إلى القول بأن " مادام العقد الذي يربط المقاول برب العمل قد انتهى بالتسليم ... وما دام تسليم العمل يسقط كل العيوب التـي تظهر فيما بعد ..." فإن التزام المقاول بضمان هذه العيوب ليس مصدره العقـد الـذي انتهى بانقضاء الالتزامات المتولدة عنه ، و إنما هو التزام قانوني أوجبه القانون رعاية لرب العمل نظرا لخطورة المباني والمنشآت الثابتة ، ووجوب اختبار صـلابتها فتـرة معينة (2) ، بحيث لما ينشئ القانون التزامات ، يكون هو مصدرها المباشر مستهدفا من وراءها مصلحة خاصة أو عامة جديرة بالحماية .

فلو تركت دون تدخله ، لما أمكن اعتبارها من طبيعة تقصيرية لأنها قد تترتـب دون قيام خطأ أو إهمال من جانب المقاول والمهندس ، ولا أمكن تأسيسها على فكـرة الحراسة التي تبنى عادة على خطأ مفترض غير قابل لإثبات العكس ، نـظرا لتسليـم

---

(1) د . ياسين عبد الرزاق حسين ، المرجع السابق ، ص 405 .

(2) د.عبدالرحيم عنبر،المرجع السابق،ص 168ود.عبدالرزاق السنهوري،المرجع السابق،ج 7، فقرة71، ص 133.

المباني لرب العمل ، وانتقال حراستها إليه ، كما لا يمكن اعتبارها من طبيعة عقدية كما سبق توضيحه .

وعليه تقرر أن مسؤولية المعماريين عن عيوب البناء بعد تسلم العمل المقررة في المادة 554 ق.م. ج وما بعدها ، وفي المادة 651 ق.م ، مصري وما بعدها والمادتين 1792 و 2270 ق.م فرنسي ، هي مسؤولية استثنائية تتميز بمقومات ذاتية وخصوصية تجعلها ليست تطبيقا محضا للقواعد العامة نتيجة الطبيعة الخاصة لمقاولات البناء الأمر الذي دفع المشرعين أن يحرصوا على أن تكون المسؤولية الناشئة عنها أحكاما خاصة تختلف عن القواعد العامة (1) .

1- وأسانيدها في ذلك أن هذه المسؤولية التي خصها المشرع بمواد صريحة لا تنطبق على العلاقة بين المقاول الأصلي والمقاول من الباطن طبقا للمادة 554/ 3 ق.م.ج لأنها مسؤولية استثنائية خاصة قررها المشرع إلى جانب المسؤولية المقررة بالقواعد العامة لأن رب العمل لا يمكن اعتباره في مستوى المقاول والمهندس من الناحية الفنية أما المقاول والمقاول من الباطن فهما من الناحية الفنية متساويان ، فلا حاجة لتطبيق هذه المسؤولية الاستثنائية فيما بينهما ، فلو لم تكن كذلك لطبقت أيضا عليهما ، ولكنها مسؤولية قانونية محددة بنص خاص لحماية مصلحة معينة ، ويقتصر تطبيقها في نطاق معين حدده المشرع (2) كما سبق إيضاحه في الفصل الأول.

2- ومن أسباب اعتبار مسؤولية المقاول والمهندس في حالة تهدم أو ظهور العيب ذات طبيعة استثنائية هو إمكانية مساءلتهما حتى عن الضرر المباشر وإن كان غير متوقع ، وهذا ما أخذ به أيضا القضاء المصري في بعض أحكامه (3) .

---

(1) د . محمد ناجي ياقوت ، المرجع السابق ، ص 174 .

(2) د . عبد الرحيم عنبر ، المرجع السابق ، ص 169 .

(3) سبق للقضاء المصري في ظل القانون المدني القديم أن قضى بإلقاء المسؤولية على عاتق المقاول بسبب تهدم البناء تحت تأثير ضغط مياه المطر ، حتى لو كانت هذه الأمطار غزيرة لدرجة غير عادية لا سيما إذا كان البناء منخفض عن مستوى الشارع ، ورفض القضاء تمسك المقاول بالقوة القاهرة ، للتخلص من المسؤولية بسبب هبوط أرصفة مقامة على جوانب النيل . راجع في ذلك د. عبد الرحيم عنبر ، المرجع السابق ، ص 171 ، هامش 356 .

ومن هذا الحكم يتضح أن القضاء لم يتردد من مساءلة المقاول عن الخلل الـذي يصيب المباني حتى لو كانت راجعة لأسباب لم يكن بالإمكان توقعهـا وقـت التعاقـد الأمر الذي يتماشى مع الرأي القائل بأنها مسؤولية قانونية .

وهذا عكس ما قضت به مختلف التشريعات العربية ، فقد نصت المادة 872 من القانون المدني العراقي الجديد ، على أنه " يسقط عن المهندس المعمـاري والمقـاول الضمان المقرر في المادتين السابقتين ، إذا تبين من الظروف التي انكشفت فيها عيوب البناء ، أن هذه العيوب إنما نشأت عن أسباب غير متوقعة وقت إقامة البناء " .

وهكذا التقنين العراقي لم يجز صراحة التعويض عن الأضـرار الناشـئة عـن أسباب غير متوقعة خلافا لما تقتضيه طبيعة المسؤولية القانونية ، ويفهم من ذلـك أن المشرع العراقي اعتبر المسؤولية عقدية (1) .

3- يكفي لقيام مسؤولية مقاولي و مهندسي البناء أن يحدث التهدم أو ظهور العيب خلال المدة المحددة قانونا ، وهي تسري حتى على ناقصي الأهلية ، وبالتالي فهي مسـؤولية قانونية لا تشترط الأهلية لتحمل الالتزامات الناشئة عنها ، فلو كانت عقدية لما سـرت على ناقصي الأهلية .

4- إن المسـؤولية العقديـة تقـوم علـى أركـان منهـا الخطـأ ، أمـا الضـمان فيترتـب علـى التزامـات يتحملهـا المـدين ويتحمـل تبعـة عـدم تحقيقهـا وإن لم يخطئ (2) .

فالأصل في المسؤولية العقدية أن تكون أصلية بسبب قواعـدها العامـة ، لكـن بالرجوع إلى مسؤولية مقاولي ومهندسي البناء هي مسؤولية استثنائية لا أصلية ، ممـا يدل أنها ليست ذات طبيعة عقدية .

يتضح مما سبق وغالب الرأي وهو ما نؤيده أن مسؤولية المقـاول والمهنـدس المعماري عن التهدم والعيوب هي مسؤولية قانونية بحتة مصدرها القانون وحده مستقلة بأحكامها عن المسؤولية العقدية ، ولا تسري عليها إلا النصوص التي قررتها ، و أنها

---

(1) د . عبد الرحيم عنبر ، المرجع السابق ، ص 172.

(2) د . عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ج 7 ، فقرة 65 ، ص 113.

تترتب عند الحد الذي تنتهي فيه المسؤولية العقدية ، فتبدأ لتسري حتى نهاية المدة التي حددها القانون للضمان تحقيقا للمصلحة العامة وحماية رب العمل الـذي يجهـل فـي الغالب فن البناء (1) .

وهو أيضا ما ذهب إليه الأستاذ إبراهيم يوسف بقولـه أن الضـمان العشـري " ضمانا خاصا للمسؤولية العقدية منح لرب العمل من قبل المشرع حمايـة لـه ضـد المشيدين " خاصة وأن المشرع الجزائري جعل الضمان العشري لا يسـري إلا علـى المقاولين الأصليين المتعاقدين مع رب العمل الأصلي دون المقاولين الفرعيين .

فمن خلال تحديد الطبيعة القانونية للضمان العشري جاءت هذه التعريفـات لـه ويمكن إضافة تعريف الأستاذ عبد الرحيم عنبر للمسؤولية العشرية أنهـا " مسـؤولية قانونية استثنائية اسـتحدثها المشـرع إلـى جانـب المسـؤولية المقـررة بالقواعـد العامة لأن صاحب العمل لا يمكن اعتباره في مستوى المقاول والمهندس من الناحيـة الفنية " (2) .

لكن هناك من يرى في المسؤولية العشرية تطبيق خاص للنظرية العامة للالتزام بالضمان ، ذلك لأن تسلم العمل من رب العمل لا يتم بدون مخاطرة بالنسبة إليه نظرا لصعوبته في تقدير جودة العمل وقت التسليم ، وبالتالي يكون الضمان العشري بمثابـة تأمين ضد الخطر ويخاص إلى القول بأن مسؤولية المشيدين جزاء عن إخلالا خاصـا بالتزام خاص بضمان متانة البناء خلال مدة محددة (3) .

وقد كان هذا رأي الأستاذ soinne إنطلاقا من تعريف الالتزام بالضمان " وهـو التزام يضاف إلى بعض الالتزامات التي تنتج من العقد ، ليكفل للدائن ضمان النتـائج العملية للتنفيذ العادي للاتفاق في نفس الوقت الذي يكفل له تعويضا مجزيا للضرر الذي يصيبه لو أن هذه النتائج لم تحصل بشكل نهائي " (4) .

---

(1) د . عبد الرحيم عنبر ، المرجع السابق ، ص 174.

(2) د . عبد الرحيم عنبر ، المرجع السابق ، ص 82.

(3) المهندس إبراهيم يوسف ، المرجع السابق ، ص 681. و د.محمد شكري سرور ، المرجع السابق ص 280 و 281 ، بند 256 و 257.

(4) En ce sens soinne (bernard) la responsabilité des architectes et des entrepreneurs après la réception des travaux (contribution à l'étude comparative de la garantie décennale et la responsabilité de droit commun , thése lille 1968-69 (P389).

أما الأستاذ شكري سرور يعتقد أن الضمان العشري هو " أحد التطبيقات الخاصة للنظرية العامة للمسؤولية العقدية ، أخضعه المشرع لتنظيم خاص ليتلائم وخصوصيات المشكلات العملية التي تطرحها مقاولات البناء ، وليقيم نوع من التوازن العادل بين طرفي هذا النوع من العقود ، وليكفل قدر من السلامة لروح و ممتلكات رب العمل " لكن تنظيمه التشريعي الخاص لا يغير من طبيعته التي تظل مؤسسة في الأصل على " عقد أسيء تنفيذه " (1) .

الفرع الثاني : آثار المسؤولية الاستثنائية:

إن الطبيعة الخاصة لمقاولات البناء جعلت المشرع يحرص على أن يكون للمسؤولية الناشئة عنها أحكاما خاصة لم يكن في الإمكان تطبيقها وفقا طبقا للقواعد العامة، كما حرص على أن يكون لهذه المسؤولية نطاقا خاصا من حيث الأشخاص والموضوع كما سبق بيانه في الفصل الأول، لما توفره هذه القواعد الخاصة من حماية لأرباب العمل .

وأمام عدم اتفاق كل من الجانب الفقهي والقضائي في تحديد مظاهر خصوصية أحكام المسؤولية الناشئة عن أعمال المعماريين يجب البحث عن أهم خصائص مسؤولية القواعد الخاصة ، كنتيجة للطبيعة الاستثنائية لهذه المسؤولية .

ويمكن تلخيص خصائص مسؤولية القواعد الخاصة للمعماريين بعد تسلم الأعمال المقررة في المادة 554 ق.م.ج وما بعدها في ثلاث نقاط ، فهي مسؤولية مفترضة بقوة القانون ، وتعلق أحكام هذه المسؤولية بالنظام العام والجزاء المترتب عن هذه المسؤولية، وهذا ما سنتناول دراسته ، مع ملاحظة أن كلها تمتاز بصفة التشدد في مسؤولية المعماريين مقارنة مع ما تقتضيه القواعد العامة ، وهذا راجع كما ذكرنا لخطورة الأضرار المترتبة على عيوب البناء ، ولتعلق سلامة المباني ومتانتها بالمصلحة العامة .

---

(1) د. محمد شكري سرور ، المرجع السابق ، ص 283.

1- افتراض المسؤولية بقوة القانون:

سبق أن أوضحنا من خلال الفصل الأول أنـه لامكانيـة رجـوع رب العمـل بالمسؤولية على المقاول أو المهندس لا بد من توافر شروط معينة منها ضرورة وجود عقد مقاولة مبرم بينه وبـين كـل منهمـا ، وإثبـات حصـول الضـرر بشـروطه القانونية [1] .

لكن هل يلتزم رب العمل إضافة إلى ذلك إثبات خطـأ المهنـدس أو المقـاول المدعى عليه ؟ وهل يمكن للمهنـدس أو المقـاول اعفائهمـا مـن هـذه المسـؤولية وكيف ذلك ؟ .

أ- إعفاء رب العمل من إثبات خطأ المهندس أو المقاول :

مفاد نص المادة554 ق.م.ج أنه كلما أثبت رب العمل وقوع التهدم في البناء كليا كان أو جزئيا أو ظهور عيب يهدد متانته خلال فترة عشر سنوات من التسليم النهـائي يكون المهندس المعماري والمقاول مسؤولين متضامنين على ما حـدث ، فيعفـى رب العمل من إثبات خطئهما ، وهذا مستمد من طبيعة التزام المهندس والمقاول في علاقـة كل منهما برب العمل الذي هو التزام بتحقيق نتيجة هي بقاء البناء الذي شيداه سـليما ومتينا لمدة عشر سنوات بعد تسليمه وأن الإخلال بهذا الالتزام يقوم بمجرد إثبات عدم تحقق تلك النتيجة دون حاجة لإثبات خطأ ما ، بمعنى يتحقق الضمان إذا تهدم البناء أو ظهر العيب خلال عشر سنوات من وقت التسليم ، فيكون المهندس والمقاول مسؤولين على ما حدث لعدم وفاءهما بالتزاماتهما .

وهذا التحليل الدقيق الناتج عن تحديد طبيعة الضمان ينسجم مع نص المادة 554 ق.م.ج التي تقضي بأن " يضمن المهندس المعماري والمقاول متضامنين ..." رغم أنها لم تصرح بهذا المعنى ، بحيث تحليل التزام المهندس والمقاول بالضمان في مواجهـة رب العمل على أنه التزام بنتيجـة، لا يكفـي لدفـع المسـ ـؤولية عنهـما أن ينفـيا

---

(1) وذلك طبقا للقواعد العامة في المسؤولية العقدية ، فالضرر لا يفترض وفقا للقواعد العامة ، وإنما يجب على من يدعيه ويطالب بتعويض عنه أن يقوم بإثبات حصوله ، عن د.محمد ناجي ياقوت ، المرجع السابق ، هامش 399 ، ص 176.

الخطأ عن نفسيهما ، بل يلزم إقامة الدليل على السبب الأجنبي المؤدي إلى عدم تحقيق النتيجة التي التزما بها (1) .

كما يتفق هذا التحليل مع المبادئ العامة في المسؤولية العقدية فيكـون التـزام المدين تحقيق نتيجة ، وأن التزام المقاول أو المهندس في عقد المقاولة بتشييد بناء خال من العيوب ، ويتفق مع اعتبارات العدالة والواقع العملي - فالمهندس أو المقاول همـا من الفنيين المهنيين يفترض فيهما معرفة عيوب البناء التي كان ينبغي عليهما تفاديها - فلا جدوى من النص على مسؤوليتهما إذا لزم على رب العمل إثبـات الخطـأ، فمـن العسير أن نطالب منه إثبات التهدم والعيب ورابطة السببية بينهما والمتسبب فـي هـذا العيب الذي عادة ما يكون أكثر من واحد ، هذا من جهة ومن جهة أخرى غالبـا مـا يكون رب العمل يجهل فن العمران .

لذلك يقوم افتراض المسؤولية على مبدأ القرينة ، وقبل التطرق إلى تحليل مبـدأ القرينة وفقا للمادة 554 ق.م. ج من حيث مداها وقوتها ، لا بد من الاشارة إلى عـدم وجود نص صريح على تقرير هذا المبدأ في القانون المدني الجزائـري مقارنـة مـع التشريع الفرنسي ، وأهمية ذلك .

الجدير بالذكر أن المشرع الفرنسي نص صراحة على تقرير مبدأ القرينة لكـل معماري تنعقد مسؤوليته وفقا لها (2) ، أما بالرجوع إلى القـانون المـدني الجزائـري استنبطنا هذا المبدأ من تحليل المادة 554 ق.م.ج ، ومن اعتبارات عملية أخـرى دون النص عليه صراحة ، رغم أهميته ، خاصة في مجال المسؤولية المعمارية .

فالأصل في حالة تعدد المعماريين المشاركين في إقامة البناء يكـون علـى رب العمل إثبات الخطأ الشخصي لكل واحد منهم وعلاقة السببية بـين الخطـأ والضـرر للرجـوع عليـهم بالتعويض طبقا للقواعد العامة .

---

(1) د.محمد شكري سرور ، المرجع السابق ، ص 285 ، بند 261 .

(2) وهذا طبقا لنص المادة 1792 من القانون الفرنسي المعدلة بمقتضى القانون 1978/01/04 والتي تقضي بـأن " كل معماري ... يكون مسؤولا بقوة القانون ... وتنتفي هذه المسؤولية إذا ما أثبت المعماري أن الأضرار ترجع إلى سبب أجنبي ، ما الفقرة 2 " تمتد قرينة المسؤولية المقررة في المادة 1792 سالفة الذكر لتشمل أيضا الأضرار ..." راجع في ذلك ، د.محمد ناجي ياقوت ، المرجع السابق ، ص 177 ، هامش 400 ، والصيغة الفرنسية لهذا النص، ص 16 ، هامش 12 وما بعدها .

وميزة وجود قرينة قانونية في صالح رب العمل على مسؤولية المعماريين عن عيوب البناء أنها تمتد لتنطبق على كل المعماريين المساهمين في البناء تضامنيا فيسأل المهندس عن أخطاء المقاول والعكس صحيح ، بينما لو لم توجـد القرينـة لا يسـأل أحدهما إلا عن خطئه الشخصي فقط (1) .

فالتشريع الفرنسي اضطر إلى وضع نص صريح لتقرير مبدأ القرينة لأسـباب تاريخية خاصة بتطور قانونه الوضعي ولأسباب عملية ، إذ يمكن التمييـز فـي هـذا الصدد بين ثلاث مراحل مختلفة ، مرحلة تقنين سنة 1804 ، مرحلة قانون في 3 ينـاير 1967 ومرحلة قانون في 4 يناير 1978.

ففي المرحلة الأولى فرق المشرع بين حالتي ، المقاولات الجزافية ، والمقاولات غير الجزافية ، فلا يسري مبدأ القرينة إلا على المقاولات الجزافية وحدها طبقا للمـادة 1792 (2) ، التي تقيم قرينة قانونية بمسؤولية المهندسين والمقـاولين فـي الصـفقات الجزافية تعفي صاحب البناء من إقامة الدليل على خطئهم ، وهو حكم استثنائي مشدد ، قصدت به حماية رب العمل ضد المخاطر التي يتعرض لها فـي هـذا النـوع مـن المقاولات بحيث تقدير الأجر جزافا يدفع المقاول إلى الحرص فـي الإنفـاق علـى الأعمال ليخرج بأكبر كسب ممكن ، ولو على حساب جودة العمل ومتانته ، فـافترض المشرع مسؤوليته بقوة القانون .

على عكس الحال في المقاولات غير الجزافية ، أين تنطبق المـادة 2270 مـن القانون الفرنسي التي تشترط إثبات خطأ المعماري كشرط جـوهري للرجـوع عليـه بالمسؤولية طبقا للقواعد العامة (3) .

غير أن بعض الشراح انتقدوا هذه التفرقة من حيث عدم خضوع الصفقات غير الجزافية لقرينة المسؤولية ،ويتأسس هذا النقد على أن عقود المقاولة تنشئ على عاتـق

(1) د.محمد ناجي ياقوت ، المرجع السابق ، ص 178.

(2) تقضي المادة 1792 بأنه " إذا هلك المبنى المشيد بسعر جزافي في هلاكا كليا أو جزئيـا ...فـان المهندسـين والمقاولين يكونون مسؤولين عن هذا الهلاك خلال عشر سنوات " بينما المادة 2270 تقضي بإعفائهما بعد فوات هذه المدة من ضمان ما أقاماه من أعمال .

(3) د.محمد ناجي ياقوت ، المرجع السابق ، ص 181 ، بند 84 ، و ، د. محمد شكري سرور ، المرجع السابق ، ص 287 ، بند 264 .

المقاول التزاما بتحقيق نتيجة ، ومنه فان المادة 1792 هي تطبيق لمبدأ عام مقبول لكل عقود المقاولة ، فتكون هناك قرينة المسؤولية على المشيد .

ورغم الانتقادات الموجهة لهذه التفرقة ، إلا أن محكمة النقض الفرنسية حرصت على تطبيق ذلك من معظم أحكامها إلى أن شهدت انعراجا أو عدولا عنه في أحد تطبيقاتها القضائية ، وقضت بعدم خضوع المهندس لقرينة المسؤولية المقررة بالمادة 1792 على أساس أن المهندس ليس تاجرا كالمقاول بل يمارس مهنة حرة وإن كان النص جمع بين المهندس والمقاول ، فلم يكن ذلك إلا لأن كل من المهنتين كانتا تختلطا بالأخرى (1) .

ومع ذلك لم يسلم هذا الاتجاه من انتقادات (2) ، مما دفع بالمشرع الفرنسي التدخل لتعديل صياغة المادة 1792 بالقانون الذي صدر في 3 يناير 1967 ، وذلك لإسقاط الحجة التي كان يستمدها كل من الفقه والقضاء الفرنسي من الصياغة التي كانت عليها هذه المادة .

وفي المرحلة الثانية ، إصدار قانون 3 يناير 1967، ترتب على هذا النقد أن انتهز المشرع الفرنسي فرصة إصدار هذا القانون لحذف شرط التقدير الجزافي للأجر من الصياغة الجديدة للمادة 1792 (3) . معلنا انتهاء الأخذ بنظام الازدواج السابق في الإثبات الذي ابتدعه القضاء ، القائم على أساس طبيعة المقاولة - جزافية أم لا - .

---

(1) أما منذ صدور قانون ديسمبر 1940و مرسوم 24 سبتمبر 1941 زال هذا الخلط ، راجع في ذلك ، د. محمد شكري سرور ، المرجع السابق ، ص 291 .

(2) راجع في ذلك ، د. محمد ناجي ياقوت ، المرجع السابق ، ص 183.

(3) أصبحت المادة 1792 ق.م.فرنسي ، تقضي بأنه " يكون المهندسون المعماريون ، المقاولون وغيرهم من الأشخاص الآخرين المرتبطين مع رب العمل بعقد مقاولة مسؤولين عما يصيب البناء من تهدم كلي أو جزئي إذا نتج هذا التهدم عن عيب في البناء أو حتى عن عيب في الأرض ذاتها وذلك لمدة عشر سنوات " .

أما المادة 2270 ق.م.فرنسي ،تم تعديل صياغتها كما يلي " ينقضي ضمان المهندسين المعماريين ، المقاولين وغيرهم من الأشخاص المرتبطين مع رب العمل بعقد مقاولة ، للأعمال التي قاموا بها أو أشرفوا عليها ، بعد عشر سنوات فيما يتعلق بالأعمال الكبيرة ، وبعد عامين فيما يتعلق بالأعمال الصغيرة " .

وبات التساؤل المطروح في ظل القانون الجديد ، ما هو النظـام الـذي عممـه المشرع بهذا التعديل فهل هو النظام الذي يفرض على المعماري قرينة المسـؤولية أم هو النظام الذي يضع على عاتق رب العمل عبء إثبات الخطأ ؟.

وفي هذا الشأن اتجهت قلة من الشراح إلى اعتبار أن المشرع قد قصـد بهـذا التعميم التخفيف من مسؤولية المشيدين حتى فـي الصـفقات الجزافيـة ، فأصـبحت المسؤولية لا تقوم إلا بعد إثبات الخطأ .

ويذهب غالبية الفقه إلى عكس ذلك والقول بأن المشرع أراد أن يعمـم انطبـاق القرينة على كل المعماريين من مهندسين ومقاولين ، دون تفرقة بين مقاولـة جزافيـة أو غير جزافية (1) ، وبالتالي أزال كل لبس حول انطباق هذه القرينة علـى المهنـدس أيضا انطباقها على المقاولين مهما كانت طبيعة عقد المقاول (جزافي أولا) فجعل مـن مسؤولية المهندس المعماري والمقاول مسؤولية مفترضة بقوة القانون معفيا رب العمل بالتالي من عبء إثبات خطأ المعماري المدعى عليه ، مهندسا كان أو مقـاولا ، وقـد لاقى هذا الاتجاه عدة تطبيقات قضائية (2) ، وعلى أية حـال فـان جعـل المشـيدين أو المعماريين موضع دفاع عن أنفسهم أفضل من وضـع رب العمـل فـي موقـف إثبات خطئهم (3) .

ﻫ 1/ ـ تقرير قرينة المسؤولية بنص Tريη في ضوء قانون 4 يناير 1978:

إن المشرع الفرنسي بوضعه للصياغة الجديدة للمادة 1792 حسم كل الخلافـات حول مبدأ قرينة المسؤولية المفروضة على كل المشيدين ، فنصـت علـى " "...كـل معماري ... يكون مسؤولا بقوة القانون ... وتنتفـي هـذه المسـؤولية إذا مـا أثبـت المعماري أن الأضرار ترجع إلى سبب أجنبي "كما استعمل بكل وضوح عبارة " قرينة المسؤولية " في الفقرة الثانية " تمتد قرينة المسؤولية المقررة في المـادة 1792 سـالفة الذكر لتشمل أيضا الأضرار التي تصيب متانة هذه العناصرالأخيرة " .

---

(1) د.محمد ناجي ياقوت ، المرجع السابق ، ص 185.

(2) أنظر فيما يخص التطبيقات القضائية ، د. محمد ناجي ياقوت ، المرجع السابق ، ص 187 ، هامش 419.

(3) د. محمد شكري سرور ، المرجع السابق ، ص 296.

وهو بذلك يكون قد وفر أكبر حماية قانونية ذات فعالية ضد مخـاطر التهـدم والعيوب بالبناء ، ومن جهة ثانية سهل للمضرورين حصولهم على التعويض بعد الحكم لهم بالمسؤولية .

وهكذا فان تقرير مبدأ القرينة في القانون الفرنسي الجديد يشدد في المسـؤولية المعمارية وجعلها قرينة قانونية بعد أن كانت مجرد قرينة قضائية (1) .

كانت هذه فكرة موجزة عن مبدأ القرينة في التقنين الفرنسي لمقارنتها مع التقنين الجزائري حول هذا المبدأ .

¢ /2 ـ تطبيق مبدأ القرينة القانونية في القانون الجزائري من غير نص تشريعي :

رغم عدم النص صراحة على مبدأ القرينة فيما يتعلق بالمسؤولية العشرية طبقا للمادة 554 ق.م.ج على خلاف التقنين الفرنسي المؤرخ في 4 يناير 1978 ، كما سـبق الإشارة إليه ، لكن ذلك يستنبط من خلال تحليل هذه المادة ، والسبب في ذلك أن النص جاء عاما لم يفرق بين أنواع مقاولات البناء – من جزافية أو لا – مما أدى إلى إجماع الفقه والقضاء لا سيما في مختلف التشريعات العربية الأخرى التي لم تعط أهمية لهـذه التفرقة بالقول بأن " التزام المهندس المعماري والمقاول الوارد في نـص المـادة 554 ق.م.ج و 650 قانون الليبي و 617 من القانون السوري و 870 من القانون العراقـي و651 من القانون المصري و 876 من القانون التونسي وغيرها من التشـريعات هـو التزام بنتيجة ، هي بقاء البناء الذي شيداه سليما ومتينا لمدة عشر سنوات مـن تـاريخ التسليم النهائي دون حاجة لإثبات خطأ ما ، وأساس هذا الإجماع هي القواعد العامة في الضمان ، بحيث افتراض المسؤولية على مبدأ القرينة إزاء التهدم ، أو الخلـل راجـع لوجود عيب في البناء هو ذاته الخطأ ، كما هو الأمر في كل التـزام بتحقيـق غايـة ويتضح أيضا هذا المبدأ من العبارة الصريحة بالمادة 554 ق.م.ج " الضمان " تعبيـرا عن مسؤولية المهندس المعماري والمقاول .

---

(1) د. محمد ناجي ياقوت ، المرجع السابق ، ص 188.

ويستخلص من كل ذلك أن السبب الحقيقي من عدم نص التشـريع الجزائـري على تقرير مبدأ قرينة المسؤولية المعمارية يرجع إلى أن وجود هـذه القرينـة أمـر يقتضي الرجوع إلى القواعد العامة .

ب ـ التضامن في المسؤولية العشرية بين المهندس والمقاول :

القاعدة أن التضامن لا يفترض و إنما يكون بناء على اتفاق أو نـص القـانون طبقا للقواعد العامة ، فقد وضع المشرع مبدأ عـام هـو التضـامن فـي المسـؤولية التقصيرية (1) ، أما في المسؤولية العقدية والالتزامات الناشئة عن العقد فالتضـامن لا يفترض إلا في وجود اتفاق أو نص القانون ، فهل كان المشرع بحاجة إلى النص فـي المادة 554 ق.م.ج على التضامن في حالة الضمان المعماري ؟.

قبل الإجابة على هذا التساؤل نعرج قليلا إلى موقف المشرع والقضاء الفرنسي في هذا المجال .

عرفنا أن المشرع الفرنسي انتهى بموجب الصياغة الجديدة للمـادة 1792 إلـى تقرير مبدأ قرينة المسؤولية المعمارية مما يؤدي إلى إعفاء رب العمل من عبء اثبات الخطأ ، لكن التساؤل الذي طرحه الفقه الفرنسي هو مدى هذه القرينة فهل تصل إلـى حد إعفاء رب العمل من إثبات علاقة السببية بين نشاط المعماري المدعى عليه وبـين التهدم أو العيب الذي ظهر بالبناء ؟ فوجدوا إشكالا في حالة تعدد المعماريين في إقامة البناء ، فلو كان معماريا واحدا لكانت علاقة السببية قائمة بين نشاط المعماري والتهدم أو الخلل في البناء ، ولا يكلف رب العمل بإثباتها بل المعماري هو من يكلف بنفي هذه العلاقة إذا ادعى عدم وجودها ، ولا يتم ذلك إلا بإثبات السبب الأجنبي (2) .

---

(1) تلك هي القواعد العامة التي نصت عليها المادة 126 ق.م.ج في حالة تعدد المسؤولين عن الفعل الضار / ولما كانت مسؤولية المقاول أو المهندس ليست مسؤولية تقصيرية كما سبق أن رأينا ، بل هي مسؤولية قانونية ناشئة عن نص القانون ، فان التضامن لا يفترض فيها ، بل يجب الاتفاق أو النص عليه .

(2) د .محمد ناجي ياقوت ، المرجع السابق ، ص 195 ، بند 439 .

ففي حالة تعدد المعماريين في إقامة البناء ، كأن يكلف كل واحد بإنجـاز نـوع معين من الأعمال (كفحص التربة وآخر لوضع التصميم ، وآخر لمعاينة مواد البناء ... وهكذا) يثور التساؤل عن ما إذا كان يقع على عاتق رب العمل إثبات وجـود علاقـة السببية بين الخلل في البناء ونشاط كل معماري شارك فيه ؟ (1) .

أمام هذا الخلاف بين مؤيد ومعارض في المسألة ، وبعد التفرقة بين حالة تعـدد المقاولين وحالة المهندس المعماري المكلف بجزء من المهمة ، توصل غالبيـة الفقـه الفرنسي – وإن كان الجدال مازال قائما – إلى وجوب إعفاء رب العمل مـن عـبء إثبات علاقة السببية بين الضرر ونشاط المقاول ، لأن رابطة السببية تكون مفترضـة دائما بمقتضى قرينة المسؤولية المقررة ، ويستند أنصار هذا الرأي إلى الحكمة التـي من أجلها تقررت القرينة ، حماية حق رب العمل المضرور في التعويض وأن عبارة " كل معماري " المقصود منها افتراض مسؤولية كل مقاول وعن مجموع العمل (2) .

بالرجوع إلى نص المشرع الجزائري على فكرة التضامن في الضمان في المادة 554 ق.م.ج " يضمن المهندس المعماري والمقاول متضامنين ما يحدث خـلال عشـر سنوات من تهدم كلي أو جزئي فيما شيداه من مباني أو أقاماه ..." .

يستفاد من ذلك أن افترض المسؤولية يكون في جانبهما معا أي أن مسـؤوليتهما تكون تضامنية عن الخلل الناتج في البناء ، فيستطيع رب العمـل الرجـوع علـى أي منهما،إما على المهندس وحده أو المقاول وحده دون حاجة لإثبات أن العيب راجع إلى عمله أو إثبات نسبة إشراكه في الخطأ ، فمجرد اشتراكه في البناء بعقد مقاولة يكفـي لقيام قرينة المسؤولية عن الخلل (3)، وفي هذه الحالة يحكم على من رجع عليه بتعويض

---

(1) إلا أنه رغم وضوح هذا الأمر في النص التشريعي المصري ، إلا أن الدكتور محمد ناجي يـاقوت ، يطـرح نفس الإشكال لأن عبارة المادة 651 مدني مصري لا تدل بوضوح على انطباق التضامن على حالة " تعدد المقاولين " لأنها ذكرت " المهندس المعماري والمقاول " ولم تقل " كل المعماريين " راجع في ذلك نفس المرجع هـامش 451 مكرر ، ص 202 .

(2) أنظر لكثير من التفاصيل بهذا الشأن ، د . محمد ناجي ياقوت ، المرجع السابق ، ص 196 وما بعدها .

(3) د . منصور محمد حسين ،المرجع السابق ، ص 107.

كل الضرر الذي أصاب رب العمل ، و يمكنه أن يرجع عليهما بالمسؤولية ، فإذا حكم له بتعويض الضرر الذي لحقه من جراء التهدم أو العيب ، كان لـه أن يقتنـي هـذا التعويض منهما معا أو من أحدهما (1) .

ومنه كان لابد على المشرع الجزائري أن ينص على التضامن في حالة الضمان المعماري وهذا ما فعله لأن التضامن لا يفترض بل يكون إما باتفاق أو نص قانوني ، فلما كانت مسؤولية المقاول و المهندس ليست تقصيرية ، فالتضامن لا يفترض فيهـا ، فكان من الضروري النص عليه هذا من جهة .

ومن جهة أخرى فان نص المشرع على فكرة التضامن إنما يقصد بها تضـامن المهندس المعماري والمقاول في الضمان وليس في المسـؤولية ، وهـو أقـوى مـن التضامن في المسؤولية .

فالتضامن في المسؤولية لا يقوم إلا إذا كـان كـل واحـد مـن المسـؤولين قد ارتكب خطأ وأن يكون الخطأين سبب في إحداث الضرر ، وأن يكون الضرر الذي وقع منهم هو ضرر واحد (أي يجب وحـدة الضـرر واشـتراك كـل المسـؤولين في إحداثه) .

تطبيقا لذلك ، إذا اعتبرنا تضامن المهندس والمقاول تضامنا في المسؤولية فـان هذا التضامن لا يقوم إلا إذا كان الخطأ مشتركا بينهما ، أما إذا صدر الخطأ من أحدهما فان الرجوع لا يكون إلا عليه وحده (2) .

في حين وضع المشرع مادة مستقلة 554 ق.م.ج قرر من خلالها التضامن فـي الضمان ، لأن المهندسين والمقاولين المشاركين في عملية البناء يضمنونه لمدة عشـر سنوات ، مما يمكن الرجوع عليهم أو على أحدهم بمجرد حدوث العيب أو التهدم ولو لم يقع خطأ من جانب المدعى عليه ، وهي ميزة التضامن في الضمان .

---

(1) لكن التضامن بين المهندس المعماري والمقاول لا يقوم إلا في علاقتهما برب العمل ، أما في علاقتهما الواحـد بالآخر فلا تضامن ، بل تقسم المسؤولية عليهما (وهذا ما نعالجه لاحقا من خلال فكرة الرجوع فيما بينهما).

(2) د . منصور محمد حسين ،المرجع السابق ، ص 52.

أ – رجوع المعماريين فيما بينهم :

يستخلص مما سبق أنه إذا اشترك في عملية البناء مهندس ومقاول أو أكثر فانهم مسؤولون بالتضامن عما قد يصيب البناء من تهدم أو عيوب تهدد سلامته خلال العشر سنوات التي تلي تسليمه ، كان لرب العمل (الدائن بالضمان) إقامة دعوى إما عليهم جميعا أو على أحدهم للمطالبة بالتعويض كاملا ، ويستطيع من أقيمت عليه الدعوى لدفع التعويض الرجوع على الآخرين كل بقدر نصيبه أو حسب نسبة خطأ كل منهم بعد إثبات الخطأ طبقا للقواعد العامة في المسؤولية التقصيرية نظرا لعدم وجود علاقة تعاقدية تربطهم ، لأن الخطأ ليس مفترض فيما بينهم ، فالأصل أن تكون المسؤولية بينهم بالتساوي إلا إذا كيف القاضي نصيب كل منهم في التعويض بحسب جسامة الخطأ المنسوب إليه (1) .

كما يستطيع أيضا من دفع التعويض وأراد الرجوع على الآخر أن يحل محل رب العمل في حقوقه في هذا الرجوع مستعملا في ذلك دعوى الحلول (2) ، وتلك الدعوى أفضل من الأولى لأنه لن يكون بحاجة لإثبات خطأ المدعى عليه بل يكفي أن يحدث العيب أو التهدم في نطاق العمل الذي يلتزم به ، فهذا يعد في ذاته خطأ يستوجب الضمان لأن الالتزام هنا بتحقيق نتيجة وليس ببذل عناية ، ولا يمكن دفع المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي .

ويمكن أن نميز في رجوع المعماريين فيما بينهم عدة حالات :

---

(1) راجع في ذلك المادة 126 من القانون المدني الجزائري.

لهذا تبدوا أهمية عملية التأمين على المسؤولية المقررة طبقا للقانون رقم 80-07 المؤرخ في 12-08-1980 المتضمن قانون التأمين ، المعدل بالأمر 95-07 المؤرخ في 1995/01/25 ، جريدة رسمية عدد 13 سنة1995 ، المعدل بالقانون 06-04 المؤرخ في 2006/02/20 جريدة رسمية عدد 15سنة 2006 المتعلق بالتأمينات .

(2) د. عبد الرزاق السنهوري ،الجزء 3 ، ص 410 (المادتين 326 و 236 /1 قانون مدني مصري) و د.محمد لبيب شنب ، المرجع السابق ، ص 142.

أ/1- حالة ثبوت أن الضرر نشأ عن خطأ المهندس المعماري وحده :

كأن يكون التصميم الذي وضعه معيبا ، وكان العيب غير ظاهر مما أدى بالمقاول إلى عدم إمكانية كشفه ببذل عناية المقاول العادي في دراسة التصميم ، ففي

هذه الحالة يوجب على المهندس تحمل عبء المسؤولية كاملة ، وبالتالي :

- إذا كان قد دفع كل التعويض المستحق لرب العمل وحده ، لا يجوز له الرجوع على المقاول .

- إذا كان قد دفع نصف التعويض ، والنصف الآخر دفعه المقاول ، جاز لهذا الأخير الرجوع عليه بما دفعه .

- وإذا كان المقاول هو الذي دفع كل التعويض ، جاز له الرجوع على المهندس بكل ما دفعه .

ونلاحظ أن المهندس الذي يقوم فقط بالتصميم لا يسأل إلا عن عيوب التصميم (المادة 555 ق.م.ج) بينما يسأل المهندس المشرف على التنفيذ عن عيب التصميم ولو لم يكن هو واضعه إذا كان قد قبله .

أ/2 - حالة ثبوت أن الضرر نشأ عن خطأ المقاول وحده :

إن كان الخطأ الذي ارتكبه المقاول هو السبب الوحيد للضرر ، فإن المقاول يتحمل وحده عبء المسؤولية كاملة ، كأن يثبت أن التهدم أو العيب راجع لاستخدام المقاول مواد معيبة بعيوب خفية لم يكن بإمكان المهندس كشفها حتى ولو بذل عناية المهندس العادي في فحص المواد ولم يهمل في الإشراف على عملية البناء ، وبالتالي :

- إذا كان المقاول هو من دفع كل التعويض لرب العمل ، لا يجوز له الرجوع على المهندس .

- إذا كان قد دفع نصف التعويض ، والنصف الآخر دفعه المهندس ، جاز لهذا الأخير أن يرجع على المقاول بما دفعه .

- وإذا كان المهندس هو الذي دفع كل التعـويض لـه أن يرجـع بكـل مـا دفعـه على المقاول .

أ/3 ـ حالة ثبوت أن الضرر نشأ عن خطأ كل من المهندس والمقاول :

في هذه الحالة تقسم المسؤولية عليهما بنسبة خطأ كل منهما في إحداث الضـرر (كما سبق أن رأينا) وذلك سواء إرتكبا خطأ مشترك أو كان كل منهما ارتكـب خطـأ مستقل ، كأن نشأ الضرر عن عيب ظاهر في التصميم ، فيكون المهندس الذي وضـع التصميم المعيب مخطئا ، والمقاول الذي قبل تنفيذه أيضا مخطئا .

أو كان الضرر يرجع إلى ما ورده المقاول من مواد معيبـة بعيـوب ظـاهرة لأن المقاول يعتبر ضامنا لجودة المواد التي يوردها ، فيسأل عن عيوبهـا والمهنـدس يعتبر مخطئا إذا سمح باستخدامها رغم ما فيها من عيوب أو إذا أهمل فحصها .

2 ـ تعلق الضمان المعماري بالنظام العام :

إن الضمان بوجه عام لا تعتبر أحكامه من النظام العام ، فقد يجوز الاتفاق على ما يخالفها تخفيفا أو تشديدا أو إعفاء بموجب اتفاق خاص .

لكن بالرجوع إلى نص المادة 556 ق.م.ج تقضي بأنه " يكون باطلا كل شـرط يقصد به اعفاء المهندس المعماري والمقاول من الضمان أو الحد منه " و يستفاد مـن هذا النص أن المشرع الجزائري استثنى ضمان المقاول والمهندس المعماري ، وجعل أحكامه من النظام العام بنص صريح .

وهكذا سنتعرض إلى أهمية تعلق الضمان المعماري بالنظـام العـام وحكمـة المشرع في ذلك ثم نتناول الآثار المترتبـة علـى تعلـق الضـمان بالنظـام العـام من خلال ما يلي :

أ ـ أهمية تعلق الضمان المعماري بالنظام العام وحكمة المشرع من ذلك:

استثنى المشرع الجزائري – شأنه في ذلك شأن معظم التشـريعات العربيـة – الضمان المعماري وجعله من النظام العام ، حثا منه على الطبيعة الآمرة لهذا الضمان

ولاشك أن في ذلك أهمية بالغة لا تكمن فقط في حماية أرباب العمل ، بل مـن أهـم خصائص الضمان المعماري الذي بشأنه تشدد القانون بوضع أحكام خاصة على خلاف ما تقضي به القواعد العامة في الضمان بوجه عام (1) .

ونلاحظ في ذلك خروج المشرع عن الأصل في شأن الضمان المعماري حرصا منه على توفير حماية قانونية قوية للمباني ضد الأخطار الناجمة عن تهدمها أو ما قـد يظهر بها من عيوب ومساس ذلك بالأمن العام والخاصة .

أ/1 ـ حماية أرباب الأعمال :

أن رب العمل غالبا ما يكون جاهلا لأصول فن البناء ، وهـذا علـى عكـس المهندس المعماري ومقاول البناء اللذان يتميزان بهذه الخبرة الفنية في البناء ، لهذا وفر المشرع حماية خاصة لرب العمل بضمان سلامة البناء ومتانته لمدة عشـر سـنوات ، ضد إهمال المعماريين ونتائجه الضارة من جهة ، وضد إمكانية استغلالهم لضعف رب العمل باعتباره لا يفهم في مسائل البناء ، فلو أجاز القانون الاتفاق على الإعفاء من هذا الضمان أو الحد منه لسمح بجعل المعماريين الطرف الأقوى في عقد المقاولة بسـبب خبرتهم الفنية وإستطاعوا تضييع بسهولة هذه الحماية على رب العمل .

ب/2 ـ حماية الأمن العام :

إن ظهور عيوب بالبناء أو المنشأ الثابت مما يؤدي إلى تهدمه ، لا يصيب رب العمل وحده بالضرر ، وإنما يهدد سلامة الكثيرين في أرواحهم وأمـوالهم كـالجيران والمارة وغيرهم (2) ، فكان من الضروري أن يتدخل المشرع لفرض مثل هذه الحماية وهي تعلق الضمان المعماري بالنظام العام ، لأجل المحافظة على سلامة كـل هـؤلاء من المخاطر المترتبة على حوادث سقوط المباني ، ولتوفير أكثـر حمايـة للاسـتفادة والانتفاع بالأبنية المشيدة من جهة ، ولما تقتضيه الأهميـة الاجتماعيـة والاقتصـادية من جهة ثانية .

---

(1) طبقا للقواعد العامة يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي ، المادة 2/178 ق.م.ج .

(2) راجع في هذا المعنى، د.محمد ناجي ياقوت،المرجع السابق،لاص255،و د.عبد الرحيم عنبر،المرجع السابـق، ص 222.

يستخلص من ذلك أن تشدد المشرع في الضمان المعماري هو رغبة منه فـي حث المعماريين على بذل أقصى درجة ممكنة في تأدية عملهم واتقانه وتحفيزا لخبرتهم الفنية ، فلما كان الهدف هو بقاء البناء المشيد سليما ومتينا خاليا من العيوب ، كان لابد من تدعيم ذلك بأحكام وشروط كافتراض المسؤولية بقوة القـانون ، تعلـق الضـمان بالنظام العام ، حتى يدفع المعماريين لإتقان العمل أكثر لتحقيق النتيجة المطلوبة ، هذه النتيجة التي لا يستفيد منها رب العمل فحسب بل حتى الغير.

ب ـ الآثار المترتبة على تعلق الضمان بالنظام العام :

يترتب عن ذلك أنه لا يجوز الاتفاق على الإعفاء أو التخفيف من أحكامه ، لكن لا يوجد ما يمنع من التشدد في هذا الضمان ، وأخيرا جواز النزول عنه بعـد تحقـق سببه .

ب/1 ـ عدم جواز الاتفاق على الإعفاء أو الحد من الضمان المعماري :

يخلص من نص المادة 556 ق.م.ج السالفة الذكر أنه يعتبر باطلا كل اتفاق من شأنه إعفاء المهندس المعماري أو المقاول من ضمان متانة البناء وسلامته مدة عشـر سنوات التالية للتسليم النهائي ، ومقتضى ذلك أنه لا يجوز الاتفاق مقدما على الإعفـاء من هذا الضمان ، بمعنى يكون باطلا كل شرط يتضمنه عقد المقاولة من شأنه إعفـاء المهندس أو المقاول من ضمان العيوب ظاهرة كانت أو خفية ، لأن التسليم ولو كـان نهائيا ، أي إقرار رب العمل وتسلم البناء مقبولا بحالة الظـاهرة عليـه لا يغطـي إلا العيوب الظاهرة أو المعروفة له وقت التسليم .

ولا يقتصر البطلان على الاتفاقات المعفية للضمان ، بل يمتد ليشمل كل إتفـاق من شأنه أن يخفف أو يحد أو يضيق من نطاق الضمان ، كأن يشترط على أن يكـون الضمان لمدة تقل عن المدة المقررة في القانون أو الاشتراط على التنازل مقـدما عـن دعوى الضمان هذه أو أن يقتصر الضمان على عيوب معينة أو على أعـمال معيـنة دون غيرها أو شروط تستبعد التضامن بين المهندس والمقاول المقرر بموجب المـادة 554 ق.م.ج أو شـروط تضـيق من نطاق الضـمان ، سواء من حـيث الأشخاص

المسؤولين أو من حيث قوة القرينة (أي لإثبات الخطأ) ، فكل هذه الاتفاقات باطلة بصريح نص المادة 556 المذكورة سالفا لمخالفتها النظام العام ، وبالتالي يكون لرب العمل الرجوع بالضمان كاملا عن كل العيوب وعن التهدم بكل أنواعه في المدة المنصوص عليها ، رغم كل اتفاق يخالف ذلك صريحا أو ضمنيا ، كليا أو جزئيا مخففا أو معفيا من المسؤولية عن النطاق الذي حدده القانون (1) .

ب/2 ـ جواز التشدد في الضمان المعماري:

إن الهدف من وراء تعلق الضمان من النظام العام ـ كما سبق بيانه ـ هو رغبة المشرع في تقوية أحكامه قصد حماية رب العمل والصالح العام لهذا تقرر عدم جواز الاتفاق على الإعفاء أو الحد منه ، وكانت هذه أدنى حماية ممكنة أقرها القانون لتحقيق الهدف أو النتيجة المطلوبة لهذا ليس هناك ما يمنع من الاتفاق على تشديد أحكام الضمان لتقوية هذه الحماية الخاصة باتفاق خاص (2) .

فكل اتفاق يحصل بمقتضاه رب العمل على ضمانات أو شروط من شأنها زيادة مسؤولية المهندس أو المقاول يكون صحيحا، فيجوز مثلا الاشتراط على أن يبقى الضمان أكثر من المدة المقررة في القانون أو أن يشمل الضمان العيوب الظاهرة أيضا أو الاتفاق على أن يضمن المقاول أو المهندس القوة القاهرة ...الخ ، وبالرجوع إلى القانون الفرنسي لم يكن يوجد نص صريح يقضي ببطلان مثل هذا الاتفاق ، لكن الفقه والقضاء كانا غالبا ما يأخذان به لاعتبارات تتعلق بالنظام العام ، فنص عليه التشريع الفرنسي الجديد بموجب المادة 5/1792 المضافة بمقتضى قانون 4 يناير 1978 .

فوسع من نطاق تعلق هذا الضمان بالنظام العام كثيرا إذ تقضي الفقرة الأولى من المادة 1792 على سريان هذا البطلان بالنسبة للمهندس المعماري والمقاول

---

(1) راجع في ذلك ، د.عبد الرحيم عنبر ، المرجع السابق ،ص 223 ، و ، د.محمد ناجي ياقوت ، المرجع السابق، ص 263، ود.محمد شكري سرور،المرجع السابق ، 320 و د. منصور محمد حسين ، المرجع السابق ، ص 124.

(2) راجع في ذلك ، د ،عبد الرحيم عنبر ، المرجع السابق ، ص 223 ، و ، د. منصور محمد حسين ، المرجع السابق ، ص 125 ود .عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ج 14، ود.محمد لبيب شنب ، ص 144 ود.محمد شكري سرور ، ص 318 .

فضلا على سريانه بالنسبة لجميع الأشخاص الآخرين الذين اعتبرهم القانون الفرنسي في حكم المعماريين من فنيين ومهندسين استشاريين وبائعين ، ووكلاء ، وصناع وموزعين ، ومستوردين ، وممولين ، إذا توافر فيهم الشروط المحددة قانونا (1) ، كما سبق بيانه من خلال الفصل الأول .

ب/3 ـ جواز النزول عن الضمان بعد تحقق سببها :

أبطلت المادة 556 ق.م.ج كل اتفاق يكون من شأنه الإعفاء من الضمان أو الحد منه ، فيكون هذا الاتفاق سابق على تحقق سبب الضمان ، أما بعد تحقق سبب الضمان من حدوث تهدم أو ظهور عيب ، فانه لا يوجد ما يمنع رب العمل من أن يتنازل عن حقه في التمسك بالضمان أو التصالح مع المهندس ، أو المقاول ، عن كله أو بعضه بعد ثبوته ، سواء نزولا صريحا أو ضمنيا (2) .

وقد يكون النزول الضمني قبل تقادم دعوى الضمان و إذا اقترن سكوت رب العمل عن رفع هذه الدعوى بملابسات قاطعة ، يفهم منها نزوله عن الضمان ، كأن يدفع رب العمل للمقاول أو المهندس أجرهما بعد انكشاف العيب دون تحفظ ، أو أن يكتفي باصطلاح العيب دون تحفظ ، لكن إذا ظهر العيب وأخطر رب العمل المقاول به فان سكوته بعد ذلك لا يعد نزولا(3) منه عن الضمان ما دامت مدة التقادم لم تنقض .

خلاصة ذلك أن تعلق الضمان المعماري بالنظام العام و إفتراض المسؤولية بقوة القانون من أهم خصائص وميزات هذا الضمان ، فقد أحاط المشرع رب العمل في المقاولات الواردة على البناء بحماية قانونية قوية ضد المخاطر الناتجة عن عيوب البناء وأن تدعيم هذه الحماية تعد ضرورة تقتضيها الأهمية الاجتماعية ولا سيما الاقتصادية وهي التي تبرر تشدد القانون في الضمان المعماري مقارنة بما تقضي به القواعد العامة في الضمان .

---

(1) راجع في ذلك ، د.محمد ناجي ياقوت ، المرجع السابق ، ص 259 وما بعدها .

(2) أنظر في ذلك، د.عبد الرحيم عنبر ، المرجع السابق، ص 224 و د. منصور محمد حسين،المرجع السابق، ص 125 و د .محمد لبيب شنب ، المرجع السابق، ص 144 و د .عبد الرزاق السنهوري،المرجع السابق، ص 142.

(3) وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية في استئناف مختلط في 4 نوفمبر 1937 م 50 ، ص 18 ، عن د . منصور محمد حسين ، المرجع السابق ، ص 126.

أ - جزاء المسؤولية:

سبق أن بحثنا عن الطبيعة القانونية للضمان العشري ، إلا أن الأهمية الأكبر في تحديدها ليس من أجل تحديد أحكامه ، لأن هذا الأخير قد تم تنظيمه بواسطة القـانون لكن تظهر الأهمية بمناسبة الحديث عن الجزاء المقدر له أي عند تحديد نوع التعويض ومداه (1) .

فإذا ظهر بالمبنى عيب يسأل عنه المشيد ، فقد يكون تعويض رب العمل عنـه تعويضا عينيا في إلزام المسؤول بإصلاح هذا العيب إذا كـان قـابلا للإصـلاح وإلا فبهدمه وإعادة بنائه أو تعويض نقدي .

كما يتعين على صاحب البناء أن يبـادر إلـى إخطـار المسـؤول بـالعيوب التي ظهرت في الأعمال حتى يبادر هذا الأخيـر إصـلاحها درءـا لتفاقمهـا كمـا يتعين عليه أن يبادر إلى رفع دعوى الضمان إن لم يستجب المسؤول لهذا الإخطار.

فإذا كان صاحب البناء هو الذي منع المشيد الذي عليه بإصلاح العيـوب مـن القيام بعمليات الإصلاح هذه مما أدى إلى تفاقم هذه العيوب فإنه يكون هو المسؤول عن هذا التفاقم ومن ثم يستحق التعويض (2) .

ويجب على المؤمن قبل البحث في المسؤولية أن يعوض صـاحب المشـروع المؤمن عليه أو من يكتسبه ، في حدوث تكلفة إنجاز أشغال الاصـلاح التـي خلفتهـا الأضرار المحددة والقدرة من قبل الخبير(3) .

وفي حالة اتفاق المؤمن و المستفيدين على مبلغ الأضرار أن يـدفع التعـويض المستحق خلال ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ معاينة الأضرار من قبل الخبير المفـوض لهذا الغرض ولا يقتصر التعويض المستحق لمالك البناء على ما يعادل بالضبط تكاليف عمليات الإصلاح ، وإنما يضيف إليها تعويضا تكميليا لما يمكن و صـفه بالأضـرار

---

(1) د . منصور محمد حسين ، المرجع السابق ، ص 95 .

(2) المادة 183 من الأمر رقم 07/95 المؤرخ في 1995/01/25 ، جريدة رسمية عدد 13سـنة 1995 ، المعـدل بالقانون رقم 06-04 ، المؤرخ في 2006/02/20 ، جريدة رسمية عدد 15سنة 2006 ، المتعلق بالتأمينات .

(3) د .علي علي سليمان ، المرجع السابق ، ص 128 .

التبعية ، ومن جهة الأضرار التبعية نقص قيمة المبنى من جراء ظهور العيـوب فيـه وتعطل الانتفاع بالمبنى بسبب القيام لعمليات الإصلاح .

ولا يقتصر التعويض على الضرر الحال بل ليمتد ليشمل الضرر المستقبل مادام وقوعه أمرا مؤكدا وذلك أن يكون تهدم البناء في المستقبل على أثر ما ظهر بـه مـن خلل جسيم أمرا مؤكدا عندئذ يكون لصاحب البناء الحق في الحصول على التعـويض على أساس هذا التهدم دون انتظار لوقوعه بالفعل .

وإذا كان التنفيذ العيني إرهاق للمدين جاز له أن يقتصر على دفـع التعـويض النقدي إذا كان ذلك لا يلحق بالدائن ضررا جسيما ، كما لو كان إصلاح العيب يقتضي هدم جزء كبير من البناء يكلف نفقات جسيمة لا تتناسب مع الضرر الناتج من العيب .

إذا دفع صاحب البناء التعويض فان له الحق في أن يرجع به علـى المهنـدس والمقاول لمدة عشر سنوات طبقا للمسؤولية العقدية ، ولكن إذا كانت مدة عشر سنوات قد انقضت ، فان القضاء يعطيه الحق في الرجوع عليهما بهذا التعويض طبقا لأحكـام المسؤولية التقصيرية (1) .

المبحث الثاني

القواعد العامة والضمان العشري و التأمين القانوني

عرفنا أن المشرع الجزائري وضع قواعد خاصة لمسؤولية المهندس المعمـاري ومقاول البناء تبدأ بعد تسلم الأعمال ، ولا بد من توافر شروط خاصة لتطبيقها لا سيما من حيث خطورة تهدم البناء وظهور عيب به خلال مدة معينة .

فيمكن القول أن المشرع قد أراد بوضعه لهذه المسؤولية الخاصة، استبعاد تطبيق القواعد العامة في المسـؤولية المدنيـة كلمـا تـوافرت شـروط هـذه المسـؤولية أو ما يعرف بالضمان الخاص المنصوص عليـه فـي المـادة 554 ق.م.ج ، وذلـك

---

(1) د . علي علي سليمان ، المرجع السابق ، ص 128 .

عملا بالقاعدة المعروفة " عدم جواز الجمع أو الخيرة بين القواعد العامة والقواعد الخاصة " (1) .

لكن إذا تسبب خطأ المهندس أو المقاول في أعمال البناء في الحاق ضرر برب العمل بعد إتمام العمل وتسلمه ، دون أن تتوافر شروط الضمان الخاص طبقا لنص المادة 554 ق.م.ج كأن يتهدم المبنى أو يظهر به عيب يؤثر في متانته أو يقلل من قيمته المالية بعد انقضاء المهلة المحددة قانونا " عشر سنوات " ، هنا الإشكال الذي يطرح نفسه ، هل يخضع المهندس المعماري والمقاول لمسؤولية القواعد العامة في المسؤولية المدنية ؟ بمعنى هل يحصل رب العمل على تعويض هذا الضرر بمقتضى القواعد العامة في المسؤولية ؟ أم أن تخلف شروط الضمان الخاص يعفي المقاول والمهندس المعماري كلية من المسؤولية ، وبالتالي يمنع رب العمل من الحصول على هذا التعويض وبه يكون ذلك سبب من أسباب إعفاء المهندس المعماري ومقاول البناء من الضمان العشري ، أم يوجد أسباب أخرى لإعفاء هما من هذه المسؤولية الخاصة ؟ ونتيجة هذه الإشكاليات اختلفت الآراء في الإجابة .

1- فهناك من يرى أنه لا تقوم مسؤولية المهندس المعماري والمقاول عن عيوب البناء بعد التسلم ، في غير الحالات الاستثنائية المنصوص عليها في المادة 554 ق.م.ج لاعتبارات فنية .

2- وهناك من يرى إلزام قيام مسؤولية المهندس المعماري والمقاول عن مثل هذه الأضرار رغم تخلف شروط الضمان الخاص لاعتبارات عملية .

لهذا يجب دراسة مدى خضوع المهندس المعماري والمقاول لمسؤولية القواعد العامة بعد التسلم كمطلب أول ، ثم نتناول في المطلب الثاني طرق أو أسباب إعفاء المهندس المعماري ومقاول البناء من الضمان العشري .

---

(1) د . محمد ناجي ياقوت ، المرجع السابق ، ص 278 .

المطلب الأول

مدى خضوع المعماريين لأحكام المسؤولية في القواعد العامة:

خص المشرع الجزائري مسؤولية المهندس المعماري ومقاول البناء بعد تسلم الأعمال بقواعد خاصة ، تتمثل في الضمان العشري السابق عرضه ، هذه المسؤولية المشددة ، نظرا لطبيعتها الاستثنائية ، حصر القانون تطبيقها في مجال معين وبشروط خاصة .

وأمام اختلاف الآراء بين مؤيد ومعارض لمدى خضوع المهندس والمقاول لأحكام القواعد العامة في المسؤولية المدنية ، في حالة تخلف أحد شروط المسؤولية الخاصة أو العشرية ، أين لكل رأي أسانيده يربطها بطبيعة هذه المسؤولية الخاصة وبالنتائج المترتبة عن عدم الأخذ بها ، لهذا سنتطرق إلى دراسة كل اتجاه على حدى بدءا بالأسانيد المعتمد عليها ، والنتائج المترتبة على الأخذ بغير ذلك ، مرورا بالرأي الرافض تماما لقيام مسؤولية المعماريين في حالة غياب أحد شروط الضمان الخاص وبالتالي تهربهم أو إعفاءهم من المسؤولية ، وأخيرا تحديد الرأي الأرجح من خلال التطبيقات القضائية ، وآخر ما توصل إليه الإجتهادين الفقهي والقضائي في تطبيق قواعد المسؤولية العامة والخاصة .

الفرع الأول : الآراء المعارضة:

نتناول في هذا الفرع الاتجاه المعارض أو الرافض لتطبيق القواعد العامة فالضمان العشري يطبق في حالة التهدم أو ظهور العيوب التي من شأنها تهديد متانة وسلامة البناء بشرط أن يحدث التهدم أو يظهر العيب خلال عشر سنوات من تاريخ تسلم العمل مقبولا من صاحبه ، ومن ثم فإن التساؤل السابق يجد مجاله خصوصا في حالة تخلف أحد الشرطين السابقين ، كأن يظهر بالبناء عيب ليس من شأنه تهديد متانة وسلامة البناء ، أو أن يظهر العيب أيا كانت طبيعته بعد مرور العشر سنوات ، فهل يمكن التعويض في الحالتين ، وهل يكون ذلك بتطبيق القواعد العامة أو الخاصة للمسؤولية ؟ .

لقد تضاربت آراء المحاكم والفقهاء في الإجابة على هذه التساؤلات الشائكة ، بحيث ذهبت طائفة إلى القول بأنه إذا تخاف شرط من شروط مسؤولية القواعد الخاصة المنصوص عليها في المادة 554 ق.م.ج ، برأت ذمة المهندس المعماري ومقاول البناء نهائيا ولا يجوز الرجوع عليهما بالمسؤولية الخاصة ، نتيجة ما يلحق بالبناء من أضرار خارج النطاق المحدد لهذه الشروط من تهدم أو عيوب حتى ولو ثبت خطئهما ، وحتى ولو كان ذلك راجع إلى مخالفة عمدية لشروط ومواصفات عقد المقاولة .

والمقصود من وضع المسؤولية الخاصة ، استبعاد خضوع المقاول والمهندس المعماري لمسؤولية القواعد العامة عن عيوب البناء وما قد تسببه هذه العيوب من أضرار لرب العمل ، سواء أسس هذا الأخير دعواه على قواعد المسؤولية العقدية أو قواعد المسؤولية التقصيرية (1) .

بمعنى مسؤولية المهندس المعماري ومقاول البناء عن تهدم البناء أو تعيبه تخضع لأحكام وقواعد المسؤولية الخاصة ، ولا تنطبق عليها أحكام القواعد العامة لا المسؤولية العقدية ولا التقصيرية .

1- فيما يتعلق بالمسؤولية العقدية :

فان القواعد العامة للمسؤولية العقدية توجب القول باستحالة انعقاد مسؤولية المهندس المعماري والمقاول وفقا لها (2) ، وأساس هذه الاستحالة نوعين من الأسانيد القانونية من جهة ترجع لطبيعة المسؤولية العشرية المقررة في المادة 554 ق.م.ج ، و من جهة ترجع للنتائج المترتبة على الأخذ بعكس ذلك .

---

(1) لا جدال في أن الأضرار التي تلحق رب العمل قبل إتمام الأعمال وتسلمها تخضع للقواعد العامة في عقد المقاولة ، ولا تخضع للقواعد الخاصة في المادة 554 ق.م.ج راجع ، د . محمد ناجي ياقوت ، المرجع السابق ص 279 ، هامش 652 .

كما لا جدال في أن الأضرار التي تحدث للغير من جراء عيوب البناء لا تخضع لمسؤولية القواعد الخاصة في المادة 554 ق.م.ج ، بل تخضع للقواعد العامة في قانون المسؤولية التقصيرية ، وذلك سواء حدثت هذه الأضرار إثناء فترة التنفيذ أو بعد إتمام الأعمال وتسلمها من رب العمل . المرجع السابق ، ص 278 ، هامش 651 . وراجع أيضا ، د . شكري سرور ، المرجع السابق ، ص 377 ، بند 359 . وهاتين المسؤوليتين تخرج عن نطاق دراستنا هذه .

(2) د . محمد ناجي ياقوت ، المرجع السابق ، ص 281 ، و د . شكري سرور ، المرجع السابق ص 380 .

ففيما يخص بطبيعة المسؤولية العشرية ، فحسب رأي المعارضون فان القول بتطبيق أحكام المسؤولية العقدية على عيوب البناء التي تظهر بعد التسليم رغم تخلف شروط المسؤولية العشرية هو قول غير مقبول لاعتماده على تكييف خاطئ لطبيعة المسؤولية العشرية .

فالمؤيدون لخضوع المعماريين للمسؤولية العقدية بعد تسلم الأعمال يستندون في ذلك إلى أن التزام المهندس والمقاول بضمان عيوب البناء طبقا للمادة 554 ق.م.ج ليس التزام تعاقدي عادي يترتب على كل عقود المقاولات هذا من جهة ، ومن جهة أخرى أن غاية المشرع من وضع هذا الضمان بموجب نص خاص ، هو وضع قرينة قانونية على مسؤولية مقاولي المباني لما يحدث فيها من تهدم أو ما يوجد فيها من عيوب تهدد سلامتها ومتانتها خلال مدة محددة ، ذلك لاعتبارات خاصة بمتانة الأبنية ، ومنه فان مجرد تخلف شروط هذه القرينة القانونية لا يمنع من مسؤولية مقاولي المباني وفقا لأحكام القواعد العامة للمسؤولية العقدية عن الخطأ الواجب الإثبات .

ورد على هذا القول بما يلي :

1- من جهة لا يمكن اعتبار المسؤولية العشرية مسؤولية عقدية تستند إلى الإخلال بالتزامات عقدية ناتجة عن عقد المقاولة ، لأن عقد المقاولة ينتهي بموجب تسلم الأعمال من طرف رب العمل ، وينتهي معه كل ما يترتب عليه من التزامات ، أما الالتزام بضمان عيوب البناء المقررة في المادة 554 ق.م.ج ، فهو التزام قانوني محض نص عليه المشرع لأشخاص كانوا مرتبطين بعقد مقاولة من قبل ، لكن هذا العقد انقضى بتمام تنفيذه ، وفي حالة تخلف أحد شروط هذا الضمان القانوني ، يتعين الحكم بانعدام المسؤولية مطلقا .

وأنه حتى لو سلمنا بأن للمسؤولية العشرية جانبا عقديا إلى جانب جانبها القانوني، فالقانون هو الذي إنفرد بوضع أحكام هذه المسؤولية الخاصة ، دون الاهتمام بالطابع العقدي ، لأنه قرر في المادة 554 ق.م.ج قرينة على المسؤولية العشرية ، وليس مسؤولية لمدة 15 سنة على أساس الخطأ الواجب الإثبات ، ومنه يجب القول

بعدم جواز انعقاد مسؤولية المهندس والمقاول في غير الحالات المحددة في هذا النص ، وفقا لأحكام المسؤولية العقدية .

2- ومن جهة أخرى لا يمكن القول بأن المسؤولية العشرية مسؤولية عقدية مشـددة أو مضافة إلى المسؤولية المنعقدة بموجب القواعد العامة ، أو استثناء منهـا ، بحيـث أن تخالف شروطها يعيد إلى مسؤولية القواعد العامة مجالها الطبيعي لتطبيقها ، لأن هـذا يخالف مبدأ القرينة القانونية المنصوص عليهـا فـي المـادة 554 ق.م.ج ، إذ لـيس المقصود من هذه المادة إنشاء مسؤولية استثنائية أو مضافة إلى مسؤولية القواعد العامة بل المقصود منها وضع قرينة خاصة على مسؤولية المهندس المعماري والمقاول فـي حالات لم تقرر القواعد العامة فيها أية مسؤولية (1) ، فالخلل الذي يرتكبـه المعمـاري يعتبر قرينة على خطئه طبقا للمسؤولية العشرية .

* - ويرى أنصار الاتجاه المعارض لمبدأ خضوع المعماريين لأحكـام المسـؤولية العقدية بعد تسلم الأعمال ، أنه لو أخذنا بهذا المبدأ سوف يؤدي إلى نتائج عملية غيـر مقبولة منها :

1- السماح لرب العمل بالرجوع على المهندس والمقاول بضمان العيوب غير الخطيرة في البناء لمدد طويلة جدا ، في حين يلتزم المقاول والمهندس بضمان سـلامة البنـاء من التهدم الكلي أو الجزئي أو العيوب التـي يترتـب عليهـا تهديـد متانـة البنـاء وسلامته لمدة عشر سنوات تبدأ من وقت تسليم المبنى طبقا لنص المـادة 554 ق.م.ج بينما تتقادم الدعوى بهذا الضمان بانقضـاء ثـلاث سـنوات مـن تـاريخ اكتشـاف العيب أو حصـول الهـدم طبقـا للمـادة 557 ق.م.ج (2) ، فهـذه النتيجـة تتنـافى مع مقتضـيات العدالـة وقصـد المشـرع الواضـح فـي الـنص الـذي يوجـب تطبيق الضمان العشري على الأضرار التي تعرض متانة البناء للخطر ، فقد سبق ذكر

---

(1) إذ حسب غالبية الشراح الفرنسيين فان المشرع أراد التأكيد على أن المسؤولية العشرية لا تعتبر مسؤولية عقدية بل مسؤولية خاصة مقررة بنص صريح ، الذي مد نطاق هذه القرينة إلى أشخاص غير المهندس والمقاول ، رغـم عدم ارتباطهم بعقد مقاولة مع رب العمل ، وبالتالي تنعدم مسؤولية هؤلاء الأشخاص إذا لم تجتمع شروط تطبيقهـا هذا ما أكد عليه قانون يناير 4 سنة 1978 .

(2) د. معوض عبد التواب ، المرجع السابق في التعليق على نصوص القانون المدني الجزء 3 (الإيجار، العارية ، المقاولة ، التزام المرافق العامة ، العمل ، الوكالة ، الوديعة ، الحراسة ، عقود الغرر) ص 705 .

من بين شروط تطبيق هذا الضمان حدوث التهدم أو ظهور العيب على درجة من الخطورة (1) .

2- يؤدي الاعتراف بهذا المبدأ أيضا تحميل متولي أعمال البناء مسؤوليات تفوق طاقاته وامكانياته المعتادة والمتوقعة بحسب المجرى العادي للأمور .

3- كما يؤدي إلى ارتفاع تكاليف أعمال البناء أكثر ، مما يترتب عليه عدم الاستثمار في قطاع البناء ، الأمر الذي سيؤثر سلبيا على المصلحة العامة .

4- كما قد تصاب مهنة هندسة المعمار بالجمود أو العقم ، وذلك بقتل روح الابتكار والإبداع والتطور في المجال المعماري ، نتيجة تخوف المعماريين من المسؤولية المهنية التي تهددهم لمدة طويلة بالالتزام بالضمان وهذا ما يجنبهم استخدام الأساليب الحديثة في البناء التي قد تتضمن احتمال الخطأ .

5- كما قد تؤدي إلى ارتفاع قيمة أقساط التأمين الاجباري من المسؤولية المدنية عن أعمال البناء ارتفاعا يتناسب مع زيادة المخاطر وهو يخالف قصد المشرع بعدم السماح بهذا الارتفاع .

6- وأخيرا قد يخل هذا المبدأ بالتوازن الذي حاول أن يحققه المشرع بين مصالح رب العمل ومصالح المهندس المعماري ومقاول البناء ، مما يجعل المسؤولية العشرية عديمة التأسيس .

يستخلص من كل ذلك ،- حسب رأي أنصار المعارضون لخضوع المعماريين لأحكام المسؤولية العقدية-، أنه لا توجد مسؤولية عقدية بعد انقضاء المسؤولية العشرية ولا إلى جانبها ، واو بإثبات الخطأ في حق المهندس أو المقاول ، لأن القول بغير ذلك يخالف قصد المشرع من وضعه نص خاص يقرر المسؤولية الخاصة للمعماريين في مجال البناء (2) .

---

(1) راجع سابقا ، ص 59 من هذا البحث .

(2) د . محمد شكري سرور ، المرجع السابق ، ص 380 .

هناك رأي آخر من نفس الطائفة يرون أنه من العدالة وجود مسؤولية عقدية إلى جانب الضمان العشري باعتبار هذا الأخير لا يمكن المام بكل الأمور ، لكن لم يسلموا بوجود مسؤولية عقدية بعد العشرية ،إذ يمكن استغلال ذلك للتحايل على المدة المحددة قانونا(1).

2- أما فيما يتعلق بالمسؤولية التقصيرية :

إن عدم توافر شروط المسـؤولية الخاصـة للمهنـدس المعمـاري والمقـاول المنصوص عليها في المادة 554 ق.م.ج وما بعدها يؤدي إلى عدم جواز رجوع رب العمل عليهما بمقتضى القواعد العامة في المسؤولية التقصيرية ، فيما يخص الأضرار المترتبة على عيوب البناء سواء رجع عليهما عن طريق الدعوى الشخصية ، أم عـن طريق دعوى الحلول محل الغير المضرور الذي يكون رب العمل قد التـزم بوصـفه حارس للبناء بتعويضه عما أصابه من أضرار بسبب تهدم البناء ، ففي كلتا الحـالتين يشترط في رجوع رب العمل على المهندس المعمـاري أو المقـاول تـوافر شـروط المسؤولية الخاصة عملا بمبدأ " عدم جواز الجمع أو الخيرة بين المسـؤولية الخاصـة والمسؤولية العامة " ، فمهما بلغت جسامة الأخطاء التي ارتكبها المهنـدس والمقـاول ومهما بلغت جسامة الأضرار التي يدعي رب العمل أنها لحقـته من جراء هذه العيوب

---

(1) د . محمد شكري سرور ، المرجع السابق ، ص 380 ، بند 362 .

وهو الرأي الذي يؤيده الدكتور شكري سرور ، بحيث يرى أنه حقيقة مدة عشر سنوات قصيرة ، لكن الحـل فـي إطالتها ، أما بعد انقضائها ، فيتعين أن يبرأ المهندس والمقاول من أية مسؤولية عقدية عن الخطأ في عملية التنفيذ ـ هذا في غير حالة الغش ـ ويعتقد أنه هو ما كان يقصده المشرع ، لأنه من غير المنطقي أن تبقى مسؤولية عقديـة لما بعد عشر سنوات من التسليم عن خطأ بسيط لم يهدد سلامة البناء ، لمجرد ثبوت هذا الخطـأ ـ فـي حـين أن ضمان الخطأ المتسبب في أضرار أشد قد انقضى ـ .

راجع في ما استقر عليه القضاء الفرنسي في هذا الشأن ، د . محمد حسين منصور ، المرجع السابق ، ص 131 . الذي استقر على أن العيوب التي من شأنها المساس بمتانة البناء وصـلاحيته للغـرض الـذي أقـيم مـن أجلـه تطبق بشأنها مسؤولية القواعد الخاصة أي الضمان العشري ، أما ما عدا ذلك من العيوب البسيطة كشـروخ تشـوه فقط المظهر الخارجي للبناء ، فانه يمكن التعويض عنها طبقا للقواعد العامة ، بمعنى يشـترط لمسـاءلة المهنـدس والمقاول عن تلك العيوب إثبات الخطأ في جانبه ، عكس الحال بالنسبة للعيوب الجسيمة التي يكـون الخطـأ فيهـا مفترض .

فإن دعوى الضمان لعيوب البناء تنقضي نهائيا بمضي مدة عشـر سـنوات المحـددة في القانون ، أما الدعوى المرفوعة وفقـا لقواعـد المسـؤولية التقصـيرية ، فـلا يجوز قبولها إلا بالنسبة للأضرار الأخـرى التـي تخـرج بطبيعتهـا عـن نطـاق عيوب البناء .

ومنه فان السماح لرب العمل الرجوع على المهندس والمقاول بما دفعه للغيـر المضرور ولو كان قد مضى على تسلم الأعمال أكثر من عشر سنوات ، ففـي ذلـك مخالفة قصد المشرع من وضع مسؤولية القواعد الخاصة ، إذ يسـمح لـرب العمـل التحايل على القواعد الآمرة .

الفرع الثاني : الآراء المؤيدة:

نتناول من خلال هذه النقطة الآراء المؤيدة لمبدأ خضوع المعماريين لمسـؤولية القواعـد العامـة فـي غيـاب أحـد شـروط المسـؤولية العشـرية طبقـا للمـادة 554 ق.م.ج ، وذلك سواء أسس رب العمل دعواه في رجوعـه علـى المهنـدس أو المقاول على أساس قواعد المسؤولية العقدية أو المسؤولية التقصيرية ، والجدير بالذكر أن هذا الاختلاف بين مؤيد ومعارض راجع إلى عدم الاتفاق حول طبيعة المسـؤولية العشرية والآثار المترتبة عنها .

1- **فيما يتعلق بالمسؤولية العقدية** :

يرى غالبية الفقه إلى أنه إلى جانب أحكام الضمان العشري ، يخضع المهندس والمقاول لأحكام المسؤولية العقدية طبقـا للقواعـد العامـة ، فـي الحـالات التـي لا تتوافر فيهـا الشـروط الخاصـة بهـذا الضـمان ، إذا ثبـت خطـأ المهنـدس أو المقاول (1) ، كما يسلمون أيضا بانطباق أحكام المسؤولية العقدية عليهما إذا ثـبت

---

(1) وتوصف المسؤولية العقدية في هذا الفرض بأنها Extra – décennale .

خطئهما ، لا سيما بعد مضي عشر سنوات على التسليم ، سواء في النطاق الذي كـان يخضع لأحكام الضمان أو خارج هذا النطاق (1) .

- ويرى أنصار هذا الرأي أن القول بعكس ذلك يستند لتحليل خـاطئ لعمليـة التسليم يتمثل في أنه يضع نهاية لعقد المقاولة والتزاماتها العقديـة ، وبالتـالي نهايـة مسؤولية المهندس والمقاول العقدية في مواجهة رب العمل ، لتحل محلهـا ضـمانات قانونية محضة ، بحيث لا يبقى أمام رب العمـل إلا بـالرجوع عليهمـا بالمسـؤولية العشرية المقررة في المادة 554 ق.م.ج ، فيما عدا حالة الغش (2) .

- ويمكن الرد على ذلك بأن التسليم لا يضع حدا نهائيا للعقـد لأنـه لا يبـرئ المقاول إلا بالنسبة للعيوب الظاهرة فقط ، وأن الضمانات الواردة بموجب نص خاص (المادة 554 ق.م.ج) ما هي إلا جزاءات على الإخلال بتنفيذ عقد المقاولـة ، ومنـه فإنها تعتبر ذات أصل وطابع عقدي .

وأن مجرد تحديد المشرع نطاق محدد لتطبيق هذه الضمانات ، لا يعنـي أنـه يسمح بالإخلال بالالتزامات العقدية خارج حدود هذا النطاق .

- كما أن مجرد خضوع هذه المسؤولية أو (الضمان العشري) لقواعـد آمـرة متعلقة بالنظام العام ، لا يعني أنها ليست مسؤولية عقدية أو أنهـا مسـؤولية قانونيـة بالضرورة ، فكثير من العقود متعلقة بالنظام العام ، ولم يشك أحد فـي أن المسـؤولية المترتبة عن الإخلال بأحد التزاماته تعتبر مسؤولية عقدية .

بالرجوع إلى القضاء الفرنسي فهو يجري على الحكم بأن مسـؤولية المهنـدس المعماري والمقاول عن عيوب البناء يمكن أن تنعقد وفقا للقواعد العامة في المسـؤولية العقدية للمقاولة ، وليس بمقتضى قواعد المسؤولية العشرية طالـما أن هـذه العـيوب

---

(1) و(2) وتوصف المسؤولية العقدية في هذا الفرض بأنها Post- décennale .

راجع د. محمد شكري سرور ، المرجع السابق ، ص ، 377 ، 378 ، هامش 56 و57 ، و د. محمد ناجي ياقوت، المرجع السابق، ص 287 .

لا تعرض متانة البناء وسلامته للخطر ، ولا تجعله غير صالح للغرض الذي أنجز من أجله [1] .

وما يؤكد ذلك أن عبارات المادة 554 ق.م.ج و 651 ق.م . مصري و 1792 و 2270 ق . م . فرنسي لا تفيد استبعاد تطبيق القواعد العامة في المسؤولية العقدية ، إذا تخلف شرط من شروطها ، لأن مضي المدة المحددة في القانون تعفي المهندس المعماري والمقاول من الضمانات المنصوص عليها على سبيل الحصر في هذه النصوص ، لكن لا يعفيهما من كل مسؤولية أخرى عن الأعمال التي قاما بها أو أشرف عليها تطبيقا أو عملا بالقواعد العامة [2] .

ولما كانت التشريعات القانونية ما هي إلا تدوين ما استقرت عليه التطبيقات والأحكام القضائية والاجتهادات الفقهية ، فان عدم إفصاح المشرع الفرنسي عند وضعه قانون 04 يناير سنة 1978 ، عن إرادته في العدول عن هذا القضاء - الذي كان مستقر في هذا الصدد بالنسبة لمسؤولية المعماريين على تطبيق القواعد العامة - يدل أنه قصد استمرار القضاء على السير في نفس الاتجاه الذي كان يسير عليه قبل صدور هذا القانون .

- ويرى أنصار الاتجاه المؤيد لمبدأ خضوع المعماريين لأحكام المسؤولية العقدية أنه لو أخذنا بغير ذلك ، سوف يؤدي إلى نتائج لا يمكن قبولها منها :

لأن ليس في ذلك تفسير لإرادة المشرع في استبعاد خضوع المعماريين لمسؤولية القواعد العامة ، في حين أكد عن إرادته في تدعيم حماية أرباب الأعمال ضد الإهمال المهني في مجال البناء والتعمير ، بل قد يدفع المقاولين على الإهمال في تأدية الأعمال التي لا تخضع عيوبها للمادة 554 ق.م.ج .

---

(1) و(2) د . محمد ناجي ياقوت ، المرجع السابق ، ص 288 ، هامش 661، 663 و 664 .

كما لا يفسر تحمل رب العمل تبعة الأضرار الناتجة عن أخطـاء المعمـاريين لمجرد عدم توافر الشروط المنصوص عليها ، في حين تقضي القواعد العامة بمسؤولية المخطئ عما يترتب على خطئه من أضرار .

2- فيما يتعلق بالمسؤولية التقصيرية:

يذهب المؤيدون إلى أن مسؤولية القواعد العامة التي تنطبق في حالـة تخلـف شروط الضمان الخاص للمادة 554 ق.م.ج ، تشـمل أيضـا المسـؤولية التقصـيرية بالإضافة إلى المسؤولية العقدية .

وحججهم في ذلك أنه يجب الرجوع إلى أحكام المسؤولية التقصيرية باعتبارهـا تمثل المسؤولية المدنية عن الأفعال الضارة بشكل عام ، وذلك لسد الثغرات التـي قـد تنتج عن تطبيق المسؤولية العقدية ، فإذا كانت هذه الأخيرة تنطبـق فقـط فـي حالـة الإخلال بالتزام عقدي ، فإن المسؤولية التقصيرية تنطبق عند الإخلال بأي التزام آخر غير عقدي دون تفرقة .

هكذا يشترط لكي يستطيع رب العمل الرجوع على المهندس والمقاول بموجـب قواعد المسؤولية التقصيرية ، أن يكون الضرر المدعى به خـارج بطبيعتـه نطـاق الالتزامات العقدية (1) ، منها الأضرار الجسدية التي تصيب رب العمل نتيجة الإهمـال في أعمال البناء ، وتبريرهم في ذلك أن عقد المقاولة لا يلزم المقاول بضمان سـلامة شخص رب العمل .

ومنها أيضا الخطأ العمدي أو التدليس من المهندس المعماري أو مقاول البنـاء كعدم تنفيذ التزاماتهما عمدا ، أو استعمالهما طرق احتيالية لجعل رب العمل بتسلم البناء ويقبله ولو كان غير مطابق المواصفات المتفق عليها ، أو إخفاء العيوب الظاهرة غشا منهما ،فإذا لم يكشف رب العمل الغش خلال المدة العشرية جاز له الرجـوع عليـهما

---

(1) ولو تخلفت الشروط الواردة في الضمان العشري للمادة 554 ق.م.ج .

بدعوى المسؤولية التقصيرية ، التي لا تتقادم إلا بمرور خمسة عشر سنة مـن وقت وقوع الغش ، على أساس أن الغش المعماري يعتبر فعل ضار مستقل عن عقـد المقاولة وخارج نطاق الالتزامات العقدية .

ومن ناحية أخرى يمكن لرب العمـل الرجـوع علـى المهنـدس المعمـاري ومقاول البناء ولو بعد مضي عشر سنوات مـن تـاريخ التسـلم النهـائي للأعمـال المنجزة ، في حالـة التـزام رب العمـل بوصـفه حـارس للبنـاء بتعـويض مـا أصابه مـن ضـرر بسـبب تهـدم هـذا البنـاء ، وأسـاس ذلـك أن المضـرور لو طالـب المعمـاري مباشـرة لا يسـتطيع هـذا الأخيـر دفـع الـدعوى بحجـة انقضاء مدة العشر سـنوات ، لأن مسـؤولية المعمـاري اتجـاه الغيـر تقصـيرية و عليه يجوز لرب العمل الـذي دفـع التعـويض للغيـر المضـرور أن يسـتعمل حقوق هذا الأخير في الرجوع على المعماري ، وذلك باسـتعمال حقـه فـي دعـوى الحلول (1) .

المطلب الثاني

النظام القانوني للضمان العشري

يمكن تبيان أحكام الضمان من خلال التعرف على نظامه القانوني وذلك بدراسة أولا دعوى الضمان ، ثم الجزاء الذي يترتب عليه ، وأخيرا طرق دفعه.

الفرع الأول : دعوى الضمان العشري:

1 ـ أطراف الدعوى :

يعتبر رب العمل أصلا هو صاحب الصفة في ممارسة دعوى الضمان العشري وقد ينتقل حق رفع الدعوى إلى الخلف العام ، كما يمكن أن ينتقل هـذا الحـق إلـى الدائنين وذلك من خلال الدعوى غير المباشرة ، ففي حالة توافر أحكامها طبقا لما هـو معروف في القواعد العامة ، وأخيرا قد ينتقل الحق في رفع دعوى الضمان العشـري إلى الخلف الخاص باعتبار الضمان من مستلزمات البناء.

---

(1) راجع في ذلك ، د. منصور محمد حسين ، المرجع السابق ، ص 132 و 133 ، و.د. محمد نـاجي يـاقوت ، المرجع السابق ، ص 291 و 292 .

أما الطرف الذي ترفع ضده دعوى الضمان هو الملتزم به وهو المهندس المعماري أو المقاول ما دام متضامنين في الضمان كما سبق الإشارة إليه من خلال نص المادة 554 ق.م.ج " يضمن المهندس المعماري والمقاول متضامنين ما يحدث خلال عشر سنوات من التهدم الكلي أو الجزئي فيما شيداه من مبان ..." .

2 ـ تقادم دعوى الضمان :

بالرجوع إلى نص المادة 557 ق.م.ج " تسقط دعاوى الضمان المذكورة أعـلاه بانقضاء ثلاث سنوات من وقت حصول التهدم أو اكتشاف العيب " .

يستخلص من هذا النص أن مدة تقادم دعوى الضمان التـي قررهـا المشـرع تختلف عن مدة الضمان ذاته ، وعليه إذا حدث التهدم أو ظهر العيب في السنة العاشرة فإنه يمكن لرب العمل أن يرفع الدعوى خلال ثلاث سنوات من وقت حصـول التهـدم أو اكتشاف العيب وبالتالي فإن مدة الضمان لا تستغرق مدة التقادم وهذا على خـلاف القانون الفرنسي أين يعتبر مدة الضمان هي مدة تقادم في نفس الوقت ، بمعنى أنه يجب ظهور العيب أو حصول التهدم ورفع الدعوى خلال مدة العشر سنوات، هذا فيما يتعلق بمدة تقادم دعوى الضمان .

أما فيما يتعلق ببداية سريان مدة الثلاث سنوات فهي من وقت اكتشاف العيـب أو حصول التهدم ، وفي هذا الأمر يختلف عن القواعد العامة في دعوى التعويض عن العمل غير المشروع والتي تسقط بفوات ثلاث سنوات من يوم علم المضرور بحـدوث الضرر وبالشخص المسؤول عنه ، وتسقط في كل الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع العمل غير المشروع طبقا للقواعد العامة المـادة 133 ق.م.ج " تسـقط دعوى التعويض بانقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع العمل الضار " ومن جهـة أخرى فإن مدة ثلاث سنوات تختلف عن القاعدة العامة في التقادم وهي خمـس عشـر سنة التي تتقادم على أثرها الالتزامات التعاقدية .

فإنه رغم ارتباط الضمان العشري بعقد المقاولة إلا أن المشرع خصه بمدة تقادم قصيرة ، وهذا بهدف تقصير المدة التي يكون فيها المهندس والمقاول مسؤولا لأنه لو ترك المشرع مدة التقادم الطويل في هذا المجال وافترضنا وقوع التهدم أو ظهور العيب في السنة العاشرة ، فإن الدعوى تبقى جائزة حتى بعد مرور خمسة وعشرون سنة من تاريخ تسلم العمل ، وهذا فيه إرهاق للمهندس والمقاول .

وما يلاحظ على نص المادة أنها لم تشترط علم رب العمل بالعيب ، بحيث أن مدة التقادم تبدأ في السريان من وقت اكتشاف العيب أو حصول التهدم حتى لو لم يعلم به رب العمل ، أي أن الدعوى تولد وتتقادم دون أن يعلم بها صاحب الحق فيه .

ويترتب على اعتبار مدة ثلاث سنوات ميعاد تقادم ، فأنها تقبل الوقف والانقطاع على خلاف مدة العشر سنوات التي تعتبر مدة سقوط [1] .

وتنقطع مدة التقادم بإقرار المهندس والمقاول بحق رب العمل في الضمان كما تنقطع أيضا بالمطالبة القضائية أي برفع الدعوى الموضوعية أما رفع الدعوى الإستعجالية كطلب تعيين خبير لإثبات حالة البناء فلا يرتب ذلك الأثر .

وقد اختلفت الآراء حول ما إذا كانت مدة التقادم يرد عليها الوقف أم لا فحسب رأي الأستاذ السنهوري فإن مدة التقادم لا يرد عليها الوقف ، لأن القواعد العامة تنص على أنه لا يسري التقادم كلما وجد مانع يتعذر معه على الدائنين أن يطالب بحقه ، لكن عدم سريان التقادم في هذه الحالة خاص بالتقادم الطويل ، فلا يمكن تطبيق هذه القاعدة العامة على بقية الأنواع الأخرى من التقادم كالتقادم المعماري ، كما أنه لا يجوز النزول مسبقا على مدة التقادم ، لكن يستطيع المهندس أو المقاول التنازل عن التمسك به بعد اكتماله كالاتفاق على إطالته .

---

(1) د. منصور محمد حسين ، المرجع السابق (مسؤولية المعماريين) طبعة جديدة ، 1999 ص 140 .

وفي حالة تمسك المعماري بالتقادم الثلاثي لدعوى ضمانه لعيوب البناء فعليه تحمل عبء إثبات وقت اكتشاف العيب ، وبالتالي مضي مدة التقادم على ذلك العيب[1] .

الفرع الثاني : جزاء الضمان العشري:

إذا حدث وأن ظهر عيب بالمبنى المشيد يسأل عنه كل من ساهم في تشييده ومن أجل هذا قد يكون تعويض رب العمل عن ذلك ، إما تعويضا عينيا يتمثل في إلزام المسؤول بإصلاح هذا العيب إذا كان قابل للإصلاح وإلا بهدمه و إعادة بنائه ، وإما بتعويض نقدي ، وفي هذه الحالة لا بد من تقدير هذا التعويض ، إما بحسب الاتفاق المسبق في العقد وإما بما يحكم به القاضي ، لهذا سنتناول أولا نوع التعويض ، ثم تقدير التعويض أو مداه .

1- نوع التعويض :

بالرجوع إلى أحكام القواعد العامة تقضي المادة 164 ق.م.ج " يجبر المدين بعد اعذاره طبقا للمادتين 180 و 181 ق.م.ج على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا متى كان ذلك ممكنا " وتنص المادة 176 ق.م.ج " إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه."

كما تقضي المادة 174 ق.م.ج " إذا كان تنفيذ الالتزام عينا غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين نفسه جاز للدائن أن يحصل على حكم بإلزام المدين بهذا التنفيذ وبدفع غرامة إجبارية إن امتنع عن ذلك ".

---

(1) د. معوض عبد التواب ، المرجع السابق في التعليق على نصوص القانون المدني ، ص 705 .

وإذا رأى القاضي أن مقدار الغرامة ليس كافيا لإكراه المدين الممتنع عن التنفيذ جاز له أن يزيد في الغرامة كلما رأى داعيا للزيادة "[1] .

ومن خـلال نصـوص القواعـد العامـة نتسـاءل عمـا إذا كانـت تنطبـق هذه القواعد في حالة الضمان العشري عند إخـلال المقـاول أو المهنـدس بالتزامـه بتقديم بناء غير سليم تستمر متانته طول مدة عشر سنوات وحدث تهدم أو ظهـر فيـه عيب ؟.

ليس هناك ما يمنع تطبيق أو خضوع الضمان العشـري إلـى هـذه القواعـد العامة بشأن التعويض ، فالمهندس أو المقـاول يكـون مخـلا بالتزامـه إذا ظهـر عيب أو تهدم البناء خلال العشر سنوات من تسلم المبنى مما يستوجب عليه تعـويض رب العمل .

والأصل في التعويض أن يكون تنفيذا عينيا متـى كـان ممكنـا لا بـد مـن استلزامه [2] ، كأن يقوم الملتزم بالضمان بإعادة بناء الجزء المتهدم أو إصلاح العيوب التي تهدد سلامة البناء.

فالأصل في جزاء الإخلال بالإلتزام بالضمان يتمثل في تطبيق أحكام المسؤولية العقدية وهو التعويض العيني بل باعتباره الأصلح للمضرور لذا يلجئ إليه القاضي كلما كان ذلك ممكنا طبقا لما جاء في نص المادة 164 ق.م.ج ، ومجال عقد مقاولات البناء خير تطبيق لهذا النص .

و ليس معنى ذلك أن التعويض يكون فقط في مجال المسؤولية العقدية ، بل هو الأصل العام في كـل الالتزامـات بمـا فيهـا المسـؤولية التقصـيرية إذ ورد فـي المادة 2/132 ق.م.ج " على أنه يجوز للقاضي تبعا للظـروف وبنـاء علـى طلـب المضرور أن يأمر بإعادة الحال إلى ما كانت عليه أو أن يحكم وذلـك علـى سـبيل التعويض بأداء بعض الإعانات تتصل بالعمل غير المشروع " .

---

(1) المواد 176.174.164 من القانون المدني الجزائري .

(2) Mazeaud (Henri), Opcit, P127 .

ومنه لا شك في تطبيق التنفيذ العيني ، حيث بالنسبة للذين يؤيـدون بالطبيعـة التقصيرية للضمان العشري ، بحيث التعويض العيني عن الفعل الضار هـو الأصـل ولا يتحول إلى التعويض النقدي إلا إذا استحال التنفيذ العيني .

ويجوز لرب العمل أن يرفض التنفيذ العيني من طرف المقـاول ذاتـه ، كـأن تكون العيوب التي ظهرت في الأعمال تكشف عدم كفاءة المشـيد ، فلـه أن يطلـب ترخيص من القاضي لتنفيذ الإلتزام على نفقة المشيد الأصلي متى كـان ذلـك التنفيـذ ممكنا وهذا ما نصت عليه المادتين 169 و 170 من القانون المدني الجزائري بنصـها على التوالي :

" في الالتزام بعمل إذا نص الاتفاق أو استوجبت طبيعة الدين أن ينفذ المدين الالتـزام بنفسه جاز للدائن أن يرفض الوفاء من غير المدين " .

" في الالتزام بعمل إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه جاز للدائن أن يطلب ترخيصا مـن القاضي في تنفيذ الالتزام على نفقة المدين إذا كان هذا التنفيذ ممكنا " .

ولعـل أن هـذه النصـوص هـي التـي توسـع المجـال أمـام القضـاة من سلطتهم في الاختيار بين طريقة التعويض تبعا لظروف الحال المعروضة عليهم .

ولا يجوز للقاضي الحكم بالتعويض النقدي إذا طلب رب العمل التنفيـذ العينـي وكان ذلك ممكنا .

وعلى القاضي أن يستجيب لطلب رب العمل بالحكم التعـويض النقـدي ليقـوم بالإصلاح اللازم بنفسه أو من طرف مقاول آخر في حالة الشك في قدر أو صدق نوايا المقاول الأصلي في القيام بالتنفيذ العيني .

وفي حالة ما إذا لم يقم المقاول أو المهندس بإعادة البناء المتهـدم أو إصـلاح العيب جاز لرب العمل المطالبة من القضاء بترخيص للقيام بذلك على نفقـة المقـاول الأصلي إذا كان هذا التنفيذ ممكنا .

وفي هذا المضمون أحكام قضائية عديدة طرحت أمام المحكمة العليا [1] .

والأمر الذي لا يدع شك في تطبيق القواعد العامة بشأن تنفيذ التزامات المقـاول نص المادة 553ق.م.ج "إذا فقد أثبت أثناء العمل أن المقاول يقوم به على وجه معيـب أو مناف للعقد جاز لرب العمل أن ينذره بأن يعدل عن طريقة التنفيذ خلال أجل معقول يعينه له ، فإذا انقضى الأجل دون أن يرجع المقاول إلى الطريقة الصحيحة جاز لـ رب العمل أن يطلب إما فسخ العقد وإما أن يعهد إلى مقاول آخر بإنجاز العمل علـى نفقـة المقاول الأول طبقا لأحكام المادة 180 ق.م.ج " [2].

---

(1) القرار الصادر عن الغرفة المدنية رقم 61489 في عقد المقاولة المؤرخ 1990/06/13 قضـية (ب، م) ضـد (ن ، ص) المنشور في المجلة القانونية العدد الرابع،سنة1991، ص65 المتضمن الإخلال بالتزامات العقد أين قضت المحكمة العليا فيه بمخالفة القانون المادة 549 ق.م.ج عندما قضى المجلس بإلغاء العقد نتيجة الإخلال بالالتزامات.

فمن المقرر قانونا أن المقاولة عقد بتعهد بمقتضاه أحد...." ومنه فان القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون ولما كان في قضية الحال أن أحد طرفي العقد قصر في تنفيذ التزاماته ، ومن ثم فان القضاء عندما أمـر وبإلغـاء العقد المبرم بين الطرفين بدلا من أن يحكموا على الطرف المخل بإتمام التزاماته يكونوا بقضائهم كمـا فعلـوا قـد خالفوا القانون ومنه وجب نقض القرار المطعون فيه .

- القرار الصادر عن الغرفة المدنية رقم 177618 المنشور في المجلة القانونية العـدد الأول ، سـنة 1998 ،ص 109 المتعلق بعدم تنفيذ إلتزام تعاقدي ، ومنه اللجوء إلى مقاول آخر دون طلب ترخيص قضائي .

- قضية (م.ت.س.ع) ضد (س.ب.س.ش) المؤرخة في 1998/03/11 تطبيقا للمادة 170 ق.م.ج" أنه من المقرر في الالتزام بعمل إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه جاز للدائن أن يطلب ترخيصا من القاضي في تنفيذ الالتزام علـى نفقة المدين إذا كان هذا التنفيذ ممكنا" .

ولما كان ثابتا في قضية الحال أن الطاعنة لجأت إلى مقاول آخر الذي قام بتنفيذ ما التزم بـه المطعـون ضـدهما المتمثل في تشييد مجموعة من المساكن المتعاقدة عليها دون أن تلجئ الطاعنة إلى القضاء لتطلب ترخيصـا لتنفيـذ الالتزام حسب ما يقتضيه القانون ومن ثم فان النعي على القرار المطعون فيه تجاوز السلطة ومخالفة القانون غيـر سديد ويستوجب الرفض .

(2) القرار الصادر عن الغرفة المدنية تحت رقم 51553 المؤرخ في 1987/11/11 ، قضـية خ.ع ضـد و.م.م ، المنشور في المجلة القانونية العدد الثالث ، سنة 1992 ، المتضمن التزامـات المقـاول ، عـدم قيـام رب العمـل بالإجراءات القانونية ، رفض الطعن المادة 553 ق.م.ج.

فمن المقرر قانونا أنه إذا ثبت أثناء سير العمل أن المقاول يقوم به على وجه معيب أو مناف للعدد جاز لرب العمل بأن يعدل عن طريقة التنفيذ خلال أجل معقول يعينه له ، فإذا انقضى الأجل دون أن يرجع المقاول إلى الطريقـة الصحيحة جاز لرب العمل أن يطلب إما بفسخ العقد وإما أن يعهد إلى مقاول آخر بانجاز العمل على نفقة المقـاول الأول ، ومن ثم فان النعي على القرار المطعون فيه بخرق القانون غير سديد ومتى كان كـذلك اسـتوجب رفـض الطعن .

وبالإضافة إلى إمكانية القاضي في الحكم بالتعويض كبديل للتنفيذ العيني يمكنه في حالة رفض المقاول للتنفيذ أن يحدد مقدار التعويض الذي يلزم به المدين مراعيا في ذلك الضرر الذي أصاب رب العمل والعيب الذي بدا من المقاول ، كتلك الأضرار التي تنشئ عن تهدم البناء وتعيبه مما تعطل استغلال رب العمل والانتفاع به علـى الأقـل المدة التي يستغرقها الإصلاح [1] .

وبالرجوع إلى نص المادتين 179 و 180 ق.م.ج فإنه لا يستحق التعـويض إلا بعد اعذار الملتزم بالضمان ، ويتم الإعذار بالإنذار أو بما يقوم مقامه ، كما يجـوز أن يكون مترتبا على اتفاق يقضي بأن يكون المدين معذرا بمجرد حلول الأجل دون حاجة إلى أي إجراء آخر ، ولا ضرورة لإعذار المدين في حالة تعذر تنفيذ الالتزام أو أصبح غير مجد بفعل المدين أو إذا كان محل الالتزام تعويضا ترتب عن عمل ضـار أو إذا صرح المدين كتابة أنه لا ينوي تنفيذ التزامه طبقا لنص المادة 181 ق.م.ج.

2- مدى التعويض :

تنص المادة 182 ق.م.ج " إذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد أو في القانون ، فالقاضي هو الذي يقدره ويشمل التعويـض ما لحق الدائـن من خسارة وما فاتـه من كسب ، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقـاه ببـذل جهـد معقول ، غير أنه إذا كان الالتزام مصدره العقد ، فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشا أو خطأ جسيما إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد " .

يفهم من هذا النص أنه طبقا للقواعد العامة فإن تعويض رب العمل يشمل كـل ما لحق هذا الأخير من خسارة وما فاته من كسب ، كتلك الأضرار التي تصـيبه فـي أمواله وشخصه بسبب تعيب البناء وما يترتب على ذلك من ضياع الكسب الذي يعـود عليه من الاستفادة بالبناء .

---

(1) راجع نص المادة 175ق.م.ج " إذا تم التنفيذ العيني أو أصر المدين على رفض التنفيذ ، حدد القاضي مقـدار التعويض الذي يلزم به المدين مراعيا في ذلك الضرر الذي أصاب الدائن والعنت الذي بدأ من المدين " .

بمعنى لا يقتص التعويض على الضرر الحال الذي وقع فعلا بل يشـمل أيضـا الأضرار المستقبلة ما دامت محققة الوقوع ، فاحتمال حصول الضرر لا يصلح أساسا لطلب التعويض ، بحيث إذا ظهر عيب بالبناء خلال فترة الضمان فإن التعويض يشمل هذا العيب وما يرتبط به من نتائج وتفاقم في المستقبل حتى بعد انقضاء مدة الضـمان طالما كان ذلك مؤكدا ، فلا يكفي مجرد التخوف من احتمال ظهور العيب أو التهـدم ، كأن يظهر بالبناء خلل جسيم يؤدي حتما في المستقبل إلى وقوع التهدم ، عندئذ يكـون لصاحب البناء الحق في الحصول على التعويض على هذا الأساس دون انتظار وقـوع التهدم بالفعل ، فيكون تقدير التعويض المستحق لصاحب البناء على أسـاس الضـرر المستقبل المحقق الوقوع وليس على الضرر الاحتمالي .

كما يقتصر التعويض طبقا للقواعد العامة في المسؤولية العقدية علـى الضـرر المباشر المتوقع الحصول ، أما في المسؤولية التقصيرية فيكون التعويض علـى كـل الأضرار المباشرة متوقعة كانت أو غير متوقعة ، ولما كان الضمان المعماري يقـوم على المسؤولية العقدية عند غالبية الفقه فإن التعويض يقتصر على الضرر المتوقع مـا لم يكن هناك غش أو خطأ جسيم من المقاول أو المهندس .

ومنه يشمل التعويض كل ما يترتب عن ظهور العيب أو تهدم البناء من نتـائج كتصدع الجدران الذي يتطلب نفقات لإصلاحه أو إعادة بناءه ، كما يدخل في الضـرر المتوقع التعويضات التي يدفعها رب العمل بوصفه حارس البناء للغيـر مـن المـارة وجيران المصابين بسبب التهدم ، كما يدخل أيضا في التعويض ما أنفقه رب العمل من مصروفات لتفادي تفاقم الأضرار الناجمة عن تعيب البناء ، لكن يجب على رب العمل في هذه الحالة أن يبادر إلى إخطار المقاول عما ظهر من عيوب حتى يبادر هذا الأخير إلى إصلاحها درءا لتفاقمها ، كما عليه أن يبادر إلى دفع دعوى الضمان إذا لم يستجب المقـاول لهذه الأخطاء ، لكن إذا تراخى رب العمـل في ذلك دون مبرر معتمدا على المهلة المقررة لرفع دعوى الضمان (1) ، مما أدى هذا الإهمال إلى تفاقم العيوب و منه

---

(1) ومدة الضمان هي ثلاث سنوات من وقت اكتشاف العيب ، في القانون الجزائري والمصري ، وهي عشر سنوات من وقت تسلم الأعمال في القانون الفرنسي .

زيادة تكلفة إصلاحها جاز للمقاول المسؤول التمسك بهذا الإهمال للإنقاص التـعويض المحكوم به عليه ، وهذا الأمر يستند إلى القواعد العامة أين يقتصر التعويض بموجبـه على الضرر المباشر ، فالأمر كذلك طالما أنه لم يكن بإمكان الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول (المادة 1/182) ، فإذا حصل وأن اشترك رب العمل بخطئه أو إهماله في إحداث الضرر أو زاد في تفاقمه ، فإنه يكون مسؤولا عن هذا التفاقم ومنه لا يستحق التعويض عنه طبقا للمادة 177 ق.م.ج التي تقضي بما يلي " يجوز للقاضي أن يـنقص مقـدار التعويض أو لا يحكم بالتعويض إذا كان الدائن بخطئه قد اشترك في إحـداث الضـرر أو زاد فيه " .

كما يقتصر التعويض على القدر الذي يكفي لإعادة البناء إلى الحالة المتفق عليها في عقد المقاولة ، ولا يدخل في ذلك ما يطمح إليه رب العمل في إضافة من تحسينات وتعديلات بمناسبة الإصلاح أو إعادة البناء ، بحيث قد يؤدي الإصلاح إلى زيادة قيمـة المبنى ، ففي هذه الحالة يجب الأخذ بعين الاعتبار هذه الزيادة عند تقدير التعـويض ، فيجوز للمقاول أو المهندس الرجوع بتلك الزيادة على رب العمل استنادا إلـى دعـوى الإثراء بلا سبب تطبيقا للقواعد العامة ، المواد 141 و 142 ق.م.ج.

ويجوز للمتعاقدين طبقا للمادة 183 ق.م.ج أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد أو في إتفاق لا حق ، ويكون هذا التعويض الاتفاقي أو الشرط الجزائي صحيح ما لم ينطوي على الحد من الضمان لعدم إجازته طبقا للمادة 557 ق.م.ج التي تقضي "بأنه يكون باطلا كل شرط يقصد به إعفاء المهندس المعماري والمقـاول مـن الضمان أو الحد منه" ، وترجع للقاضي السلطة التقديرية في تحديد مقدار التعـويض ، بحيث إذا كان التعويض ينطوي على تخفيف من مسؤولية المقاول أو المهندس بأن كان أقل بكثير من الضرر الحادث جاز للقاضي أن يزيد من مقدار التعويض حتى يصـبح معادلا للضرر الذي وقع .

وفي حالة ما إذا كان التعويض المتفق عليه يشدد الضمان بأن كان أكبر مـن الضرر فهنا يحكم به القاضي مع إجازتـه في تخفيض التعويض إذا أثبت المديـن أن

التقدير كان مبالغ فيه إلى درجة كبيرة أو أنه قام بتنفيذ جزء من التزماته تطبيقا لنص المادة 2/184 ق.م.ج " يجوز للقاضي أن يخفض من مبلغ التعـويض إذا أثبـت المدين أن التقدير كان مفرطا أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منـه " ، بحيـث يكون باطلا كل اتفاق يخالف ذلك .

وفي حالة تجاوز الضرر التعويض المحدد في الاتفـاق ، فـلا يجـوز لـلدائن المطالبة بأكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشا أو خطـأ جسـيم تطبيقا لنص المادة 185 ق.م.ج.

وتبدوا الأهمية في زمان تقدير القاضي لمقدار التعويض بحسب تطور أضـرار أضرار البناء من جهة وتغيير أسعار مواد وأعمال البناء من جهة ثانية ، وهذا تطبيقـا لنص المادة 186 ق.م.ج، بحيث إذا عين مقدار المبلغ محل الالتزام بين الأفراد وقـت رفع الدعوى ، وتأخر المدين في الوفاء به ، فيجب عليه أن يعوض لـلدائن الضـرر اللاحق من هذا التأخر .

هذا ما يفيد أن القاضي يقدر مبلغ التعويض المناسب للأضرار التي وقعت وقت النطق بالحكم لا وقت رفع الدعوى ، بحيث يدخل في الاعتبار العيوب التـي ظهـرت بالبناء أثناء وقبل رفع الدعوى ولا سيما تلك الأضرار التي تطورت بشأن هذا التـأخر لكن إذا تسبب الدائن بسوء نيته ، وهو يطالب بحقه في إطالة أمد النزاع فللقاضـي أن يخفض مبلغ التعويض المحدد في الاتفاق أو لا يقضي به إطلاقا عن المدة التي طـال فيها النزاع بلا مبرر (المادة 187 ق.م.ج) .

وتنص المادة 131 ق.م.ج على أنه يقدر القاضي مدى التعويض عـن الضـرر الذي لحق المصاب ، فان لم يتيسر له وقت الحكم أن يقدر مدى التعويض بصفة نهائية فلو أن يحتفظ للمضرور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بالنظر من جديـد فـي التقدير ، هذا ما يفيد ويؤكد على أنه يشمل التعويض الأضرار التي يمكن أن توجد بعد النطق بالحكم عن طريق مطالبة رب العمل في إعادة النظر في التقدير .

كما ترجع للقاضي تعيين طريقة التعويض حسب الظروف كأن يكون التعويض مقسطا أو إيرادا مرتبا ، وهنا يلزم المدين بتقديم تأمين وتقدير التعويض بالنقد .

ويجوز لرب العمل المتضرر المطالبة بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه وعلى القاضي الاستجابة إلى ذلك متى كان ذلك ممكنا تطبيقا لنص الماد 132 ق.م.ج .

وفي حالة تعدد المسؤولين كان هؤلاء متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر وتكون المسؤولية بينهم بالتساوي إلا إذا عين القاضي نصيب كل منهم في الالتزام بالتعويض تطبيقا لنص المادة 126 ق.م.ج ، وهذا ما تؤكد عليه القواعد الخاصة

بمسؤولية المعماريين بأن يضمن المهندس المعماري والمقاول متضامنين ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم البناء .

الفرع الثالث : طرق دفع الضمان العشري:

طبقا للقواعد العامة ، يعفى المهندس أو المقاول من المسؤولية ، وذلك كأي مدين متعاقد ، استطاع أن يقيم الدليل على أن تهدم البناء أو العيب الذي ظهر به إنما يرجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه .

ويتمثل السبب الأجنبي طبقا للمادة 127 ق.م.ج في الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة أو خطأ الضحية (رب العمل أو خطأ من الغير) وشأن مسؤولية المهندس المعماري والمقاول شأن المسؤولية التي تترتب على الإخلال بالالتزام بتحقيق نتيجة لا تنتفي إلا بإثبات السبب الأجنبي ، فرغم عدم وجود نص صريح فيما يخص إعفاء المسؤولين بالضمان العشري إلا أنه يمكن تطبيق القواعد العامة ، وسنتعرض لهذه الأسباب على حدى على النحو التالي :

1- القوة القاهرة :

تعتبر كقوة قاهرة ، الحالة التي يستحيل فيها على المدين تنفيذ التزامه بسبب حدث غير ممكن توقعه ومنه يستخلص أنه يشترط لإعتبار أي حدث قوة قاهرة شرطان أساسيان هما:

أ ـ **شرط عدم التوقع** ، بمعنى أن القوة القاهرة أيا كانـت غيـر متوقعـة الحـدوث Imprévisible فمن الثابت أن المهندس المصمم يلتزم بأن يراعي في تصميمه للبناء أن يكون هذا البناء قادرا على مقاومة الزلازل والظواهر الطبيعية ما دامت تـدخل فـي نطاق المألوف .

ب - **شرط استحالة دفع القوة القاهرة**، أي يجـب أن تكـون مقاومتهـا مسـتحيلة Irresistible فلا يتمكن الشخص بقدرته مقاومتهما ، بل يستحيل عليه ذلك ، فإن كانت مقاومتهما صعبة ولكن ممكنة لا تدخل ضمن القوة القاهرة (1) .

ويترتب على توفر القوة القاهرة انقضاء التزام المدين في المسـؤولية العقديـة وتنتفي العلاقة السببية بين الخطأ والضرر في المسؤولية التقصيرية فلا يكـون هنـاك محل للتعويض ، ويجب لاعتبار الحادث قوة قاهرة عدم إمكان توقعه واستحالة دفعـه أو الاحتياط منه ، بحيث يمكن للمهندس او المقاول دفع الضمان بإثبات عـدم وجـود الخطأ في جانبه وذلك باتخاذه جميع الاحتياطات اللازمة حتى لا يتهدم البناء ولا يوجد العيب ، والسبيل الوحيد لنفي المسؤولية هو نفي علاقة السببية بين الخطـأ المفتـرض والضرر (2) .

ومسألة تقدير ما إذا كان الحادث المدعى به قوة قاهرة هو تقـدير موضـوعي تملكه محكمة الموضوع ، وطبيعي أن يتشدد القضاء اتجاه قبول هذا الدفع في خصوص مسؤولية المشيدين لأنه أمر يتصل بالصالح العام ، فيكون تقدير القاضي للحادث علـى ضوء ظروف الزمان والمكان التي وقع فيها من جهة ، وعلى ضوء مدى إمكان توقعه من خلال الدراسات والتقدم المعماري من جهة ثانية . فكان يتعين علـى المهنـدس أن يضع في اعتباره المكان الذي سوف يقام فيه البناء كأن يشيد المهندس أو المقاول مبنى

---

(1) د. هدى حامد قشقوش ، المرجع السابق ، ص70 .

(2) يترتب عل ذلك أن مسؤولية المهندس أو المقاول لا تدفع إذا بقي سبب التهدم أو العيب مجهول ، فالتهدم الذي لم يثبت سببه بوجه قاطع يفترض أنه راجع لعيب في الصنعة يسأل عنه المقاول ، راجع في ذلك ، د. منصور محمـد حسين ، المرجع السابق ، ص 109 .

في منطقة معروف فيها كثرة العواصف ، فالحادثة إن وقعت هنا لا يمكن التهرب مـن المسؤولية باعتبارها قوة قاهرة ، لأنها لا تشكل في الإقليم الذي وقعت فيه حادثا غيـر ممكن توقعه ويستحيل دفعه .

ومن جهة أخرى فإن مدى عدم قابلية حادث ما للتوقع يضيق شيئا فشـيئا تبعـا للتقدم العلمي والفني فإذا كان من الممكن القول باعتبار الزلازل من قبيل القوة القاهرة إلا أن الأمد قد يختلف بصـدد الظـواهر الطبيعيـة الأخـرى كهطـول الأمطـار والعواصـف .

فهذه الظواهر يمكن التنبأ بحدوثها على ضوء التقدم العلمي ، ومنه لا تعتبر قـوة قاهرة إلا إذا خرجت عن التوقع وكان من المستحيل دفعها.

وبالرجوع إلى المادة 554 الفقرة 2 فإنها تتشدد في مسؤولية المعماريين بنصها " ولو كان التهدم ناشئا عن عيب في الأرض " هذا ما يفيد إخراج العيوب التي قد تكون بالأرض حالة من حالات القوة القاهرة وبالتالي عدم إفلات المشيدين من المسؤولية في هذه الحالة ، ومنه لا يمكن للمهندس او المقاول أن يتمسك بعيب في الأرض بحسـبانه من قبيل القوة القاهرة ولو كان هو الذي أدى بالفعل إلى تهدم المبنى أو تعيبـه حيـث يتعين عليهما أن يدرسا طبيعة الأرض التي سيقام عليها البنـاء وعمـل الاختبـارات اللازمة عليها للتأكد من صلاحياتها لعملية البناء قبل البدأ في تنفيذ الأعمال ويجـب أن يكون البناء وأساساته مقاما بالتنسيق مع ظروف الأرض وطبيعة تربتها ، ومنـه فـإن مثل هذا السبب يفتقر إلى خاصية عدم إمكانية التوقع وخاصية استحالة الدفع ، ونـص المادة 554 ق.م.ج صريح في إلزام المهندس أو المقاول بالضمان العشري ولـو كـان مرجع تهدم البناء أو تعيبه إلى عيب في الأرض .

بالرجوع إلى التطبيقات العملية في مجال دفع مسؤولية المهندس والمقاول بسبب القوة القاهرة في مجـال التشييد والبناء لا نجد اجتهادات في هذا المجال أمـام القضاء

الجزائري وهذا على خلاف القضاء الفرنسي والمصري [1] ،وفي هذا الصـدد يمكـن التكلم عن بعض التطبيقات القضائية المصرية التي جاءت كاستثناء لمدلول الفقرة الثانية للمادة 554 ق.م.ج فالأصل خروج العيب في الأرض من مجال القوة القاهرة لكـن إذا حدث خلل في استقرار الأرض التي أقيم عليها البناء وكان هذا الخلل ناشئ ليس عـن موقع الأرض أو عن حركتها بل لأسباب خارجية لم يكن في الإمكان توقعهـا وقـت البناء تعتبر من قبيل القوة القاهرة يمكن بها دفع مسؤولية المهندس أو المقاول [2] ،كمـا قضى كذلك بأن العيب لا يعتبر من قبيل القوة القاهرة إلا إذا نتج عن تحركات غيـر متوقـعة في تربة الأرض لم يكن في الإمكان كشفها حتى مع استخدام وسائل الفحص الفني الحديثة .

وينجر عن مسؤولية المهندس المعماري والمقاول عن التهدم الناشئ عن عيوب الأرض مسؤوليته أيضا عن عيوب المباني القديمة المتخذة كدعامة لأعمال التعلية ، إذا لم يقم بتقوية هذه المباني ولم يقم بالإصلاحات اللازمة لإزالة هذه العيوب .

أما فيما يتعلق بتعيب مواد البناء ومدى اعتبارها من باب القوة القاهرة فإن نص المادة 551 و 552 ق.م.ج واضحة في أن عيوب المواد المستخدمة في البناء لا تعتبـر من قبيل القوة القاهرة التي بها يستطيع المهندس أو المقاول أن ينفي مسؤوليته ، إذ يقع عليه التزام بحسن اختيار المواد وفحصها والتحقق من صلاحيتها وخلوها من العيوب ، وهذا الالتزام يقع على عاتق المقاول وكذلك المهندس المعماري الـذي ينبغـي عليـه مراقبة التنفيذ ومطابقة المواد المستعملة للمواصفات ، حيث أنه حتى تقديم المادة المعيبة من رب العمل لا يعفي المقاول أو المهندس من المسؤولية .

---

(1) Gaston (Albert) ,opcit P 246 ,et soinne (bernard) , opcit , P165 .

(2) وتطبيقا لذلك قضى باستبعاد مسؤولية المقاول المكلف بتغطية الطريق بالاسفلت إذا كان العيب الحادث ناجم عن هبوط الشارع بسبب خلل في مجاري المياه والممتدة في باطن الأرض ، فهذا السبب يعتبـر خـارج عـن طبيعـة الأرض ، استئناف مختلط 1901/03/28 من مرجع ، د. منصور محمد حسين ، المرجع السابق ، ص 112 .

فقد حكم القضاء الفرنسي في أكثر من مناسبة بمسؤولية المهندس والمقاول عن العيوب الناجمة بسبب نوعية المواد المستعملة في البناء [1] .

ويمكن القول وجه عام أن القضاء يواجه الدفع بالقوة القاهرة في خصوص مسؤولية المشيدين بالرفض أساسا ولا يقبله إلا في حالات استثنائية نادرة ترتكز غالبيتها في الظواهر الطبيعية مادامت هذه الظواهر كانت من العنف بما لا يمكن دفعه ومن الاستثنائية أو الندرة أيضا بما لا يمكن توقعه .

وقد يثور التساؤل في حالة إذا ساهم المهندس أو المقاول بخطئهما في وقوع الضرر مع ظروف القوة القاهرة ، فالقضاء الفرنسي سبق وأن اخذ بهذا الخطأ ورتب عليه تخفيض الأثر المعفي للسبب الأجنبي بنسبة مساهمة مخالفة الأصول الفنية في البناء في هذا الضرر الذي وقع ، لكن ملما بأصول صنعته على نحو يوجب عليه تبصير رب العمل بالخطأ وتحذيره ، بل الامتناع عن تنفيذ تعليماته الخاطئة أو استعمال مواد بنائه معيبة .

فأحيانا قد تجتمع في خطأ رب العمل شروط القوة القاهرة ، لا سيما شروط عدم إمكان التوقع وشرط استحالة الدفع ، فضلا عن رجوع الحادثة إليه وحده ، فتنتفي به مسؤولية المعماري عن الضمان العشري كلية ، ويتمتع قضاة الموضوع في تقدير ذلك بسلطة تقديرية واسعة تسمح لهم بقدر كبير من المرونة في الحكم وفقا للظروف المحيطة بكل حادثة على حدى .

ومن تطبيقات القضاء الفرنسي لخطأ رب العمل الذي يعتبر من قبيل القوة القاهرة تدخله المادي المفاجئ في تنفيذ الأعمال رغم جهله بقواعد الفن المعماري متى كان هذا التدخل غير متوقع ولا يمكن دفعه عند إبرام العقد ، وكان هو السبب

---

(1) د. منصور محمد حسين ، المرجع السابق ، ص 114 ، هامش 193 .

المباشر في حدوث الخلل في البناء [1] .

وأحيانا قد لا تتوافر شروط القوة القاهرة في خطأ رب العمل ويعتد به مع ذلـك في تخفيف مسؤولية المعماري عن الضمان ، فتنقسم المسؤولية بينهما بحسـب درجـة جسامة خطأ كل منهما ، وهذا ما استقر عليه القضاء الفرنسي أين قضى بأن تدخل رب العمل سواء بتقديم مواد معيبة أو بالموافقة على تصميم معيب أو بفـرض مواصـفات معيبة لا يعفي المهندس أو المقاول من المسؤولية لأنه كان من الواجـب أن ينبـه رب العمل إلى العيب ، بل كان عليه عند الاقتضاء أن يمتنع عـن تنفيـذ العمـل المعيـب فيقاسم المقاول أو المهندس رب العمل المسؤولية [2] .

مما يفيد أن تدخل رب العمل وإشرافه الفعلي على تنفيذ أعمال معيبة في موقـع العمل سببا في تخفيف مسؤولية المقاول ، لأن المفروض أن رب العمل هنا غير خبير في فن البناء ، فلا يعتد بوجوده وإشرافه ولا يعتبر ذلك منه تدخلا خاطئا [3] .

والملاحظ في القانون الجزائري أن نصوصه لم تنص صراحة على مدى اعتبار تدخل رب العمل بخطئه من مسألة التخفيف أو الإعفاء من مسؤولية المهندس والمقاول وتركت المجال في ذلك إلى تطبيق القواعد العامة حسب السـلطة التقديريـة لقضـاة الموضوع .

القضاء المدني الفرنسي ما لبث أن عدل عن هذا الاتجاه ، بحيـث أن التمسـك بالقوة القاهرة إما يؤدي إلى اعفاء كلي من المسؤولية ، وإما فإنه يرفض كلية ، وذلـك بحسب ما إذا كانت القوة القاهرة هي السبب الأكبر أو الأقل أهمية للضرر الذي حـدث وواضح أن هذا الاتجاه يتماشى من نظرية السبب المنتج [4] .

---

(1) و (2) د . منصور محمد حسين ، المرجع السابق ،ص 115 و 117 .

(3) د . عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ،ص 139 .

(4) د . محمد شكري سرور ، المرجع السابق ، ص 336 و 337.

2- خطأ رب العمل :

يمكن للمهندس أو المقاول كأي مدين متعاقد أن ينفي عن نفسه الإخلال بتنفيذ التزامه في مواجهة رب العمال ، إذا أثبت أن عدم تنفيذه لهذا الالتزام أن تأخره في التنفيذ راجع كلية إلى خطأ رب العمل نفسه ، كما بإمكانه من أجل التوصل إلى الإعفاء الجزئي من المسؤولية العقدية ، أن يثبت أن خطأ رب العمل قد ساهم مع خطئه في الإخلال بهذا التنفيذ .

وقد يحدث خطأ رب العمل قبل البدء في تنفيذ الأعمال أو أثناء فترة التشييد كأن يتدخل في عملية التنفيذ بإعطاء تعليمات خاطئة أو بتوريد مواد معيبة أو وضعه تصميما معيبا ، فإذا ما كان هذا التدخل خاطئا فإنه يمكن أن يؤثر على مسؤولية المهندس أو المقاول عن العيوب التي تقع في الأعمال .

فخطأ رب العمل يعتبر بمثابة القوة القاهرة التي بها تنتفي مسؤولية المهندس والمقاول ، إذا جاء هذا الخطأ بعد تشييد البناء وتسليمه سليما ، كأن يقوم رب العمل بسوء استخدام البناء أو إجراء تعديلات معينة فيه ، فلكي يتخلص المقاول أو المهندس من المسؤولية كلية يجب أن يكون خطأ رب العمل هو المتسبب وحده في إحداث الضرر.

لكن إذا ساهم رب العمل بخطئه في جزء من الأضرار اللاحقة بالبناء فهل يؤثر هذا الخطأ على مسؤولية المهندس والمقاول ، وفي هاته الحالة نفرق بين فرضيتين هما :

أ ـ حالة خطأ رب العمل غير الخبير في فن البناء:

الأصل أن تدخل رب العمل أو خطأه أثناء التنفيذ لا يصلح وسيلة لدفع مسؤولية المهندس أو المقاول ، وإن كان من الممكن أن يخفف من هذه المسؤولية في بعض الأحيان ، لأن كلا منهما يعتبر مستقل في عمله ، لكن بالرجوع إلى القانون المدني المصري في فقرتها الأخيرة من المادة 651ق.م.م شددت مسؤولية المعماريين حتى في

حالة تدخل خطأ رب العمل في بعض الحالات بنصها على أن المهندس أو المقاول يعتبر مسؤولا حتى ولو " كان رب العمل قد أجاز إقامة المنشآت المعيبة ". باعتبار أن إجازة رب العمل للمنشآت المعيبة لا يعتبر خطأ منه لأنه غير فني فلا يعتد بإجازته ، ولا تؤثر هذه الإجازة على مسؤولية المقاول عن الضمان ، لأن الخطأ هو خطأ المقاول ولم يفعل رب العمل إلا أن يجيز هذا الخطأ ، فمن الطبيعي تشدد القضاء في مسألة قبول هذا الدفع من طرف المهندسين أو المقاولين ، كون رب العمل عادة ما يكون جاهلا بأصول فن المعمار ، وهذا ما يدعوه إلى الاستعانة في عملية التشييد بأهل الصنعة من مهندسين ومقاولين .

وقد افتقرت المادة 554 ق.م.ج لهذه الفقرة التي جاءت في المادة 651 ق.م.م فكان على المشرع الجزائري أن يوضح أكثر مدى نطاق التوسيع في مسؤولية المعماريين في هذه الحالات حتى لا نحمل الاجتهادات القضائية أكثر من طاقتهم ، وحتى لا يتسع القضاة في تفسيرهم لهذه المادة خوفا من التطبيق الخاطئ لما قصده المشرع عند وضعه لنص المادة 554 ق.م.ج .

ب ـ حالة خطأ رب العمل الخبير في فن البناء :

بالرجوع إلى أحكام المحاكم نجد أنها تفرق بين حالة خطأ رب العمل الخبير في البناء وغير الخبير في مدى دفع المسؤولية عن المعماريين ، حيث قضت محكمة النقض المصرية (1) " أن المقاول الذي يعمل بإشراف رب العمل الذي وضع التصميم والذي جعل نفسه مكان المهندس المعماري ، لا يسأل إلا عن العيوب الناشئة عن التصميم ، بل الصحيح أن المقاول في هذا الفرض يشترك في المسؤولية مع رب العمل إذا كان على علم بالخطأ في التصميم وأقره أو كان ذلك الخطأ من الوضوح ، بحيث لا

---

(1) د. منصور محمد حسين ، المرجع السابق ، نقض فرنسي بتاريخ 1966/12/08 ، ص 118 ود. محمد شكري سرور ، المرجع السابق ، ص340 ، هامش 40 .

يخفي أمره على المقاول المجرب ، إلا أنه مع ذلك إذا كان المقاول قد نبه رب العمـل إلى ما كشفه من خطأ في التصميم فأصر على تنفيذه ، وكان لرب العمل من الخبـرة والتفوق في فن البناء ما يفوق خبرة وفن المقاولة ، فإن إذعان المقاول لتعليمـات رب العمل في هذه الحالة لا يجعله مسؤولا عما يحدث في البناء من تهدم نتيجة الخطأ فـي التصميم ،إذ الضرر يكون راجعا إلى خطأ رب العمل وحده فيتحمل المسؤولية كاملة ".

وبوجه عام يتعين على المهندسين والمقاولين في نظـر القضـاء الفرنسـي أن يعترضوا على تدخل أرباب العمل في اختصاصهم وأن يبصروهم بالمخاطر التي يمكن أن تنجم عن هذا التدخل وأن يمتنعوا عند الضرورة عن الاسـتجابة لتعليمـاتهم ، وإلا كانوا مخطئين بدورهم بما لا يمكن معه أن يكون من شأن هذا التدخل اعفـائهم مـن المسؤولية ما عدا إذا كان رب العمل خبير في فن و مجال التشييد ، وكان المقـاولون والمهندسون قد أبدوا كذلك التحفظات اللازمة على هذا التدخل من قبل أن ينفذوا أوامر أرباب العمل .

وبالرجوع إلى التشريع الجزائري فهو لم يفرق بين حالـة تـدخل رب العمـل الخبير أو غير الخبير بخطئه في تنفيذ أعمال البناء التـي قـد ينجـر عنهـا إفـلات المعماريين من المسؤولية ، وترك المجال في ذلك إلى أحكام القضاة وسلطتهم التقديرية إلا أن المجال التطبيقي خال من هذا النوع من القضايا ، وقد يرجع ذلك إما لعدم معرفة المتقاضين حقوقهم في هذا المجال ،وإما تهربا من المسلك القضائي نظرا لإطالة أمده .

أما في مجال الأشغال العامة فإنها تشبه حالة رب العمل الخبير بفن العمـران ، لأن المهندس أو المقاول لا يتعاقد مع شخص جاهل بأصول الصنعة كما هو الحال في مجال الأشغال الخاصة ، وإنما مع جهة إدارية لها من الوسائل الفنية مـا يسـمح لهـا بالتدخل الواعي في عملية التشييد ، وبالرقابة المستمرة على أعمال المشيدين والتأكـد من التزام الأصول الفنية فيها ومن مطابقتها للمواصفات المحددة ، وأحيانا تفرض أمور معينة على المشيدين كالتصميم أو وسائل التنفـيذ أو مواد بناء توجب على المعماريين

تنفيذها مما تقيد من حريتهم في التقدير ، وهنا يكون من الطبيعي أن يكون لهذا السبب الأجنبي دورا في الإعفاء أو التخفيف من مسؤولية المهندس أو المقاول أكبر منه فيما يتعلق بالأشغال الخاصة .

3- فعل أو خطأ الغير :

طبقا للقواعد العامة في المسؤولية العقدية فإن فعل الغير لا يدفع المسؤولية عن الأعمال الشخصية أو يخفف منها إلا إذا أعتبر هذا الفعل خطأ في حد ذاته وأحدث وحده الضرر أو ساهم فيه ، ففي هذه الحالة يقطع خطأ الغير رابطة السببية بين فعل الجاني والنتيجة متى استغرق خطأ الجاني وكان كافيا بذاته لإحداث النتيجة.

بحيث يمكن أن يعفى المهندس أو المقاول من مسؤوليته في مواجهة رب العمل عن عدم تنفيذ الالتزام أو تأخره فيه كأي مدين إذا ثبت أن ذلك يرجع إلى خطأ الغير .

أما في خصوص الضمان العشري فإن سبب العيب أو الخلل الذي حدث للمبنى أو الذي ظهر فيه خلال مدة الضمان قد يكون هو خطأ من جانب الغير ، وهذا الأخير قد يكون شخص أجنبي تماما عن عملية تشييد المبنى الذي حدث به العيب أو الخلل ، وقد يكون ذو صلة بها ، وفي هذه الحالة يمكن اعتبار المهندس والمقاول كل منهما غيرا في علاقته بالآخر .

أ ـ حالة خطأ الغير الأجنبي تماما عن عملية التشييد :

قد يكون خطأ الغير ، الأجنبي تماما عن عملية تشييد المبنى هو السبب في العيب أو الخلل الذي حدث به ، كقيام أحد المستأجرين بإجراء تعديلات معينة بالعين المؤجرة على نحو تصيب المبنى بعيوب تهدد متانته وسلامته يعتبر من قبيل خطأ الغير لذي يمكن أن يعفي المهندس أو المقاول من المسؤولية .

أما إذا كان قد إرتكب خطأ فني في عملية التشييد (وهو أمر مفترض لا يستلزم أن يقيم رب العمل الدليل عليه) بما يفيد أن هذه الأعمال قد ساهمت في إحداث الخلل

بالمبنى أو في تفاقم ما كان به أصلا من العيوب ، فإنه بإمكان قاضي الموضـوع أن يخفض مقدار التعويض الواجب على المشيد لصاحب البناء بنسبة مساهمة هذه الأعمال في إحداث الضرر أو في تشديد آثاره .

ب ـ حالة خطأ الغير المتدخل بعملية التشييد :

ب / 1 ـ خطأ مهندس سابق :

قد يحدث أن يواصل المهنـدس مهمـة مهنـدس سـابق تـرك العمليـة وعليه في هذه الحالة أن يراجع عمل زميله السابق وأن يصحح أخطاءه المحتملة ، وقد سبق للقضاء الفرنسي أن حكم بمسؤوليته عن عيوب التصميمات التي وضعها زميلـه السابق (1) ، لكن إذا كانت العملية قد وصلت إلى مرحلة متقدمة لم يكن بإمكان المهندس الجديد أن يكتشف أو تدارك ما سبق أن وقع بالمبنى من أخطاء فإنه لا يكون مسـؤولا عنها ، حيث تنسب في الواقع إلى سلفه ، وخطأ هذا الأخير يشكل بالنسـبة لـه سـببا للإعفاء من المسؤولية .

ب / 2 ـ خطأ مورد أو منتج المواد المعيبة المستخدمة في البناء :

قد يكون مرجع الخلل الموجب للضمان إلى عيب في المواد التي اسـتخدمت في البناء ، فإذا كان المقاول هو الذي تعهد بتقديم مادة العمل كلهـا أو بعضـها كـان مسؤولا عن جودتها ، وعليه ضمانها لرب العمل طبقا للمادة 551 ق.م.ج، وعليـه لا يستطيع أن يدفع في مواجهة هذا الأخير بخطأ من ورد إليه هذه المواد أو صنعها .

كأن يرجع رب العمل على المهندس بموجب الضمان العشري عن عيوب المواد التي قدمها المقاول ، ففي هذه الحالة لا يجوز للمهندس دفع رجوع رب العمـل عليـه بالضمان ، لأن مهمة المهندس تتضمن الالتزام بالتحقق مـن صـلاحية المـواد قبـل استخدامها إلا إذا ثبت أن خطأ المقاول بتقديم هذه المواد المعيبة تتوافر فيـه بالنسـبة للمهندس خصائص القوة القاهرة من عدم إمكانية التوقع واستحالة الدفع .

---

(1) د . محمد شكري سرور ، المرجع السابق ، ص 352 .

وبالرجوع إلى نص المادة 554 ق.م.ج تنص على تضامن كل من المهندس والمقـاول في الضمان بالنسبة لرب العمل عن العيوب التي تظهر في المبنى خلال العشر سنوات التالية لتسليمه ، و هنا يمكن للمهندس أن يرجع بما دفـع على المـقاول ، كما أن لهذا الأخير أن يرجع على المورد أو المنتج طبقا للقواعد العامة في ضمان العيوب الخفيـة في البيع .

ب / 3 ـ خطأ المقاول أو المهندس في علاقة كل منهما بالآخر:

نظرا لأن المسؤولية تعتبر تضامنية بين المهندس والمقاول فـإن كـل منهمـا لا يستطيع أن يدفع مسؤوليته بالخطأ الصادر من الآخر ، بمعنى عدم إمكانيـة تحلـل أي منهما بنفي الخطأ من نفسه ، فلا يمكن استبعاد المسـؤولية العشـرية المفترضـة إلا بإقامة الدليل على السبب الأجنبي المؤدي إلى حدوث الضرر ، لذلك يـرى بعـض الفقه (1) ، أن المهندس لا يمكنه التمسك بأخطاء المقاول لإعفاء نفسه من المسؤولية في مواجهة رب العمل إلا إذا أثبت أن هذا الخطأ تتوافر فيه خصائص القوة القاهرة مـن عدم إمكانية التوقع واستحالة الدفع .

وطبقا للمادة 554 ق.م.ج فإنها تجعل كل من المهندس والمقاول ضـامنا فـي مواجهة رب العمل لتهدم المبنى أو تعيبه متضامنا مع الآخر في مسؤوليته عنها ، ومثل هذا الضمان التضامني لا يسمح لأي منهما الدفع في مواجهة رب العمل بخطأ الآخر.

---

(1) د . محمد شكري سرور ، المرجع السابق ، ص 361 ، هامش 120.

الخاتمــة

لقد خص المشرع مسؤولية المهندس المعماري والمقاول بعـد تسـلم الأعمـال بقواعد خاصة تتمثل في الضمان المعماري ، تلك المسؤولية المشددة نظـرا لطبيعتهـا الاستثنائية أين حصر القانون نطاق تطبيقها في مجال معين وبشروط خاصة .

ولما كان المشرع قد وضع هذه القواعد الخاصة لمسؤولية المهندس المعمـاري والمقاول بعد تسلم العمل واشترط شروط معينة لا سيما من حيث خطورة عيوب البناء وظهورها خلال مدة محددة ، فمن البديهي أنه أراد بذلك استبعاد القواعد العامـة فـي قانون المسؤولية المدنية كلما توافرت شروط هذا الضمان الخاص المنصوص عليه في المواد 549 إلى 570 ق.م.ج عملا بقاعدة عدم جواز الجمع او الخيـرة بـين القواعـد العامة والخاصة .

وأن حجة إمكانية الرجوع طبقا للقواعد العامة في حالتي الغش والحلـول هـو تشديد للمسؤولية العقدية على المتعاقد ، ليس فقط فيما يتعلق بمدى المسؤولية بل أيضا بالنسبة لمدتها ، ومن أجل فرض حماية أوسع لصالح أرباب العمل ، وهـو الغـرض المقصود من وضع المشرع للضمان العشري .

وما نؤكد عليه أن مسؤولية المعماريين عن عيوب البناء بعـد إتمـام الأعمـال وتسلمها مقبولة من رب العمل المقررة فـي المـواد 554 ومـا بعـدها مـن ق.م.ج مسؤولية استثنائية مشددة تقررت لاعتبارات خاصة بمقاولات البناء .

وإن من أهم خصائص هذا الضمان أنه أوجد توازن بين أطراف العقد ، حيـث روعي مصالح أطراف هذا العقد والمصلحة العامة أيضا ، بحيـث مـن جهـة نجـد افتراض المسؤولية بقوة القانون ، ومنع الحد منها أو استبعادها بالاتفاق حماية لأرباب العمل ، وبالمقابل تنعدم هذه المسؤولية بمرور عشر سنوات على تقبل الأعمـال ولـو حدث تهدم للبناء باستثناء حالات الغش واستعمال طرق احتيالية وتدليسية من طـرف المعماريين ، او حالة دعوى الحلول أين قام رب العمل باعتباره حارسا للبناء بتعويض الغير المضرور محل المعماري المسؤول عن الضر ، وهذا حمايـة للمعمـاريين وإن كانت المصلحة العملية وتوسع مجال البناء وخطورته والأضرار العديدة التي قد تترتب عنه أصبحت تقتضي حماية أكثر لأرباب العمل وخوفا من التفسير الخاطئ لمقتضيات

المادة 554 ق.م.ج وما بعدها وما قصده المشرع عند وضع هذا الضمان الخـاص أو العشري فالمفروض أنها مسؤولية إضافيـة ومشـددة ولـم توضـع لتخفـيض مـدة المسؤولية، بل وجدت لدفع المعماريين أكثر إلى بذل أقصى عناية ممكنة في العمـل ، على نحو يسمح بمزيد من الحماية لرب العمل ، فكان من المفروض أن يتولى المشرع بمهمة إعادة النظر في تحقيق هذا التوازن لا أن تتـرك هـذه المهمـة للاجتهـادات القضائية، مثل ذلك في حالات التي تغيب فيها شروط المسؤولية الخاصة ، فينجر عنها مدى إمكانية تطبيق أحكام القواعد العامة في المسؤولية المدنية بعد تقبل الأعمال . كما أخذ به القضاء الفرنسي ، أين انعقدت مسؤولية المهندس المعماري والمقاول عن عيوب البناء وفقا للقواعد العامة في المسؤولية العقدية للمقاولة وفي بعـض الحـالات حتـى المسؤولية التقصيرية وليس بمقتضى قواعد المسؤولية العشرية .

طالما أن عبارات المادتين 1792 و 2270 مدني فرنسي والمادة 554 ق.م.ج لا تفيد استبعاد تطبيق القواعد العامة في المسؤولية العقدية إذا تخلف شرط من شـروطها فمضي المدة المحددة في القانون لا تعفي المهندس المعماري والمقاول من كل مسؤولية أخرى عن الأعمال التي قاما بها أو أشرفا عليها ، عملا للقواعد العامـة ، خصوصـا وأن عدم تطبيق هذه الأخيرة يؤدي بنا إلى تناقض في أحكام القانون ، فمـن جهـة لا يفسر لنا لماذا أراد المشرع استبعاد خضوع المعماريين لمسؤولية القواعد العامة فـي الوقت الذي أكد فيه إرادته في تدعيم حماية طائفة أرباب الأعمال في هـذا المجـال ، وبالمقابل يعتبر تحريضا للمقاولين على الإهمال والاستهتار في تأدية الأعمال التـي لا تخضع عيوبها للمادة 554 ق.م.ج.

ومن جهة ثانية لا يفسر لنا لماذا تجعل رب العمل يتحمل تبعة الأضرار الناتجة عن خطـأ المعماريـين لمجرد عدم توافـر الشروط المنصوص عليهـا في المـادة 554 ق.م.ج في حين تقضي القواعد العامة بمسؤولية المخطئ عما يترتب على خطئه من أضرار وليس من المعقول أن يكون هو ما اتجهت إليه إرادة المشرع لأن في ذلك تحيز من المشرع في وضع أحكام المسؤولية المعمارية إلى جانب المعماريين تحيـزا يجعله يخفف من مسؤوليتهم عما تقضي به القواعد العامة بما يتضمنه ذلك بالضـرورة من تفريط في حقوق أرباب الأعمال المضرورين .

فلولا الأخذ بمبدأ انطباق مسؤولية القواعد العامة كلما تخلفت شروط الضمان الخاص لوجدت ثغرة قانونية لم يقصدها المشرع ، استطاع هذا المبدأ أن يسدها بطريقة ملائمة لا سيما وأن انعدام المسؤولية عن مثل هذه الأضرار التي لا يستهان بها هو أمر غير مألوف في القانون المدني ، ولا يمكن القول بأن خضوع المعماريين للمسؤولية عن عيوب البناء طول المدة التي تقضي بها القواعد العامة بعد انقضاء مدة الضمان العشري هو أمر غير عادي أو غير معقول يعيق تقدم فن البناء وهندسة العمران أو يحمل هؤلاء المهنيين المعماريين بما لا طاقة لهم به ، لأن هذه المدة تسري أيضا على كافة المهنيين الآخرين كالمحامين والأطباء خصوصا وأنه هناك دواعي كثيرة تبرر إطالة مدة مسؤولية المعماريين عما تقضي به القواعد العامة منها تفوق أعمال البناء عن غيرها سواء من حيث القيمة الاقتصادية وموضوع التعاقد أو من حيث أهمية الأجر المستحق عن تأديتها أو مدة الأعمال أو مدة توقع سلامتها وصلاحيتها للغرض المعدة له أو تعلقها بمصالح الغير بوجه عام أو استمرار الفائدة المنتظرة منها بالنسبة لعدة أجيال من المستفيدين منها .

لأن التوقف عن التفسير المحدد لنص المادة 554 ق.م.ج يقال من مدة مسؤولية المعماريين عما تقضي به القواعد العامة بالنسبة لغيرهم من المهنيين على عكس ما تقتضيه اعتبارات المصلحة العملية .

بالإضافة إلى وجود بعض العيوب بالبناء التي رغم أنها غير ظاهرة وغير معلومة من رب العمل وقت التسلم لا تخضع للضمان العشري لعدم توفر شرط الخطورة ، كاقتصار أثرها على تشويه مظهره الخارجي والإقلال من طابعه الفني والجمالي ، فالأمر غامض بشأن إمكانية التعويض عن مثل هذه الأضرار رغم عدم خضوعها للضمان العشري لا سيما إذا أثبت الخطأ في جانب المهندس المعماري والمقاول عملا بالقواعد العامة في المسؤولية العقدية على غرار ما يجري عليه القضاء الفرنسي ، أم أنها ترفض الحكم بمثل هذا التعويض إلا في الحالات المحددة في المادة 554 ق.م.ج .

إذ يبدو ومن خلال بحثنا أن محاكمنا الجزائرية لم تتح أمامها الفرصة بعد لكي تحدد موقفها من هذه المسألة بشكل صريح لا سيما بعد زلزال 21 ماي سنة 2003 و ما سببته من تهديم المباني الحديثة ببومرداس لذاك نؤكد على ضرورة توضيح المشرع

لمثل هذه النقاط التي قد تصادف القضاء ، و نستغل الفرصة خصوصا في هذه الآونة تشهد مشروع تعديل القانون المدني الجزائري لإقتراح تعديل و توضيح أكثر لأحكام مواد الضمان العشري.

فلو توقفنا عند التفسير المحدود لنص المادة 554 ق.م.ج لنفي التعويض في مثل هذه الحالات طبقا للقواعد العامة في المسؤولية العامة نظرا لعدم وضوح قصد المشرع رغم اشتراطه الخطورة في العيوب الموجبة للضمان ويترتب عن ذلك إما ترك ضرر بلا تعويض أو إفلات مسؤول من المحاسبة ، لكن رغم ذلك لا يجوز مخالفة نص القانون (حدود المادة 554 ق.م.ج وما بعدها) بحجة تحقيق العدالة والمقتضيات العملية والمصلحة العامة ، فلم توضع القوانين لكي تخالف ، بل المفروض أن يعدل القانون ليسد كل ثغرة تشريعية في نصوصه ، ولكي لا تحمل القضاء والاجتهادات القضائية بأكثر من طاقتها لعلها تؤدي إلى نتائج غير مرغوب فيها كتضارب الأحكام ، وفي نفس الوقت لا يمكن القول أن هذه الثغرة القانونية مقصودة من المشرع أراد منها انعدام مسؤولية المعماريين عن مثل هذه العيوب وفي حالات تخلف أحد شروط الضمان الخاص فهو قول غير معقول يناقض الهدف الأساسي من تقرير الضمان العشري وتقصيرا في حماية رب العمل الحماية العادية التي تقضي بها القواعد العامة .

فالدرس الذي نأخذه من تجربة القضاء الفرنسي وعلاقته بالتشريع هو أن دور القضاء في بلد لا تأخذ بنظام السوابق القضائية مهما بلغت أهميتها في مجال تطوير القانون الوضعي ، فإنه يفقد تأثيره إذا لم يسنده التشريع ، فمن وظيفة المشرع أن يبقى قريبا من الاتجاهات القضائية وعليه بالتدخل كلما استدعت الحاجة إلى تقنين اتجاه معين أو إلى تعديل أو إلغاء حتى يزول الغموض على نصوص القانون وبالتالي تجد التطبيق الصحيح والهدف المقصود من وضعه .

والأمر الملاحظ من خلال هذه الدراسة أنه على الرغم عما يترتب من أحكام مسؤولية المهندس المعماري ومقاول البناء ولا سيما الضمان العشري منه من نتائج هامة ، إلا أنها لم تحظ إطلاقا بعناية كافية من طرف المشرع الجزائري الذي بقي على ما هو عليه منذ صدور القانون المدني الجزائري سنة 1975 ، وفي الفقه الجزائري إلا مؤخرا من خلال بعض المقالات المنشورة في المجلات القانونية أو بعض الدراسات المقارنة ، أو بعض الملتقيات في مجال القانون العقاري بخصوص الضمانات المقررة

في نطاق مسؤولية المهندس المعماري والمقاول ومالك البناء مقارنة مع ما ساهمت فيه جهود الفقه الفرنسي في إثراء التقنين المـدني الفرنسـي ولا سـيما المـادتين 1792 و 2270 مدني فرنسي حتى وصلت إلى ما هي عليه الآن هذه الجهود التي كانت دائما تخطو خطوات تقابل كل اتجاه جديد في القضاء الفرنسي لذلك نأمـل أن يسـاهم هـذا البحث في إثارة بعض التساؤلات لتحث أكثر على إسالة أكبر كمية ممكنة من الحبـر في هذا المجال الذي مازال يحتاج إلى دراسة فهذا غاية ما تصبو إليه هذه الدراسة .

فمن الأسباب التي أدت إلـى جمـود معالجـة هـذا الموضـوع أو المجـال (مجال البناء) صدور قانون إجبارية التأمين سنة 1980 تحت رقم 80-07 المؤرخ فـي 09-08-1980 والمتضمن قـانون التـأمين ، الجريـدة الرسـمية عـدد 33 بتـاريخ 1980/08/12 المعدل بالأمر 95-07 الجريدة الرسمية عـدد 13 سـنة ، المعـدل بالقانون 06-04 المؤرخ في 2006/02/20 الجريدة الرسـمية عـدد 15 سـنة 2006 المتعلق بالتأمينات ، التي تتكفل بكل التزامات المالية التـي تترتـب عـن المسـؤولية العشرية ، واحتكار الدولة مجال العمران والبناء وغياب الفقه والقضاء في هذا الميدان نتيجة عدم لجوء المتضررين إلى القضاء وتفضيلهم التسوية الودية ، وهذا مـا يشـجع جمود القانون وعدم تطويره خصوصا ونحن نعلم أن التشريعات القانونية هـي وليـدة الاجتهادات الفقهية والقضائية ، وهذا ما نسعى ونطمح إليه عسى أن تلقى وتدفع هـذه الدراسة المتواضعة جدا أقلام أخرى من أجل مواصلة البحث في هذا الموضوع لعلهـا تحث المشرع الجزائري لإدخال بعـض التعـديلات الضـرورية علـى النصـوص التي تنظم هذا الموضوع ، خاصة و نحن في صدد إعداد مشـروع تعـديل القـانون المدني.

و الجدير بالذكر أنه منذ 2003 أي بعد زلزال 21 ماي و ما سببه من خسائر في المباني الحديثـة العهـد صـدور قـانون التـأمين الجديـد رقـم 06-04 المـؤرخ في2006/02/20 الجريدة الرسمية عدد 15 سنة 2006 المتعلق بالتأمينات .

قائمة المراجــع

أولا : ا ؤلفات:

1 ـ المؤلفات العامة :

أ ـ ا ؤلفات باللغة العربية:

1- د/ أنوار طلبة،نماذج العقود والتصرفات القانونية، دار المطبوعات الجامعية، ســنة 1993.

2- د/ أنور سلطان ، المبادئ القانونية العامة ، بيروت ، دار النهضة العربية ، الطبعة الثالثة ، سنة 1981.

3- د/ أنور سلطان ، الموجز في النظرية العامة للالتزام ، الجــزء الثــاني ، أحكــام الالتزام ، الاسكندرية ، سنة 1964 ، 1965.

4 - د/ البدراوي عبد المنعم ، مبادئ القانون ، مكتبة سيد عبد ا وهبة ، سنة 1972 .

5 - د / الشرقاوي جميل ، مصادر الالتزام ، دار النهضة العربية ، طبعة 1974 .

6 - د/ الصدة عبد المنعم فرج ، مبادئ القانون ، بيروت ، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، سنة 1977 .

7- د/ النقيب عاطف ، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي ، نشــر ديوان المطبوعات الجامعية بالجزائر ، بالاشتراك مع منشورات عويــدات ، بلبنــان ، سنة 1984 .

8- د / بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري ،ج 1، دار النشر ، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر سنة 1999 .

9- د/ توفيق حسن فرج ، مبادئ القانون وعقد المقاولة ، جامعة الإسكندرية ،مــذكرات مطبوعة سنة 1958 .

10- د/ حامد أمير خالد ، الحماية المدنية والجنائية ، منشأة المعارف الاسكندرية ، سنة 1993.

11- د/ حسين محمد حسين ، الوجيز في نظرية الالتزام وأحكامها في القانون المــدني الجزائري ، سنة 1983.

12 - د/ حمزة محمد جلال ، المسؤولية الناشئة عن الأشياء غير الحية في القانون المدني الجزائري ، دراسة مقارنة بين القانون المدني الجزائري والفرنسي والمصري ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، سنة 1988.

13- د/ رمضان أبو السعود ، التأمينات الشخصية والعينية ، الجزء الأول ، منشأة المعارف الإسكندرية ، سنة 1995.

14 - د/ رمضان أبو السعود ، التأمينات الشخصية والعينية ، الجزء الثاني ، دار المطبوعات الجامعية ، سنة 1998 .

15 - د/ رمضان أبو السعود و محمد حسين قاسم ، مبادئ القانون ، منشأة المعارف الاسكندرية للكتب القانونية ، سنة 1995.

16- د/عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء العاشر في التأمينات العينية والشخصية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، سنة 1970 .

17- د.عبد الرزاق السنهوري ،الوسيط في شرح القانون المدني نظرية الإلتزام بوجه عام، مصادر الالتزام ، الجزء الأول ، طبعة 2 ، دار النهظة العربية القاهرة، سنة 1964.

18- د/ عبد الحميد الشواربي ، المشكلات العلمية في تنفيذ العقد ، دار المطبوعات الجامعية الاسكندرية ، سنة 1988 .

19 - د/ عكوش حسن، المسؤولية المدنية في القانون المدني الجديد ، مكتبة القاهرة الحديثة ، سنة1957.

20 - د/ علي علي سليمان ، ضرورة اعادة النظر في القانون المدني الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، سنة 1992.

21 - د/ علي علي سليمان ، النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام ، ديوان المطبوعات الجامعية ، سنة 1990.

22 - د/ علي علي سليمان ، دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري - المسؤولية عن فعل الغير ، المسؤولية عن فعل الأشياء ، التعويض - ديوان المطبوعات الجامعية ، سنة 1984.

23 - د/ فرج ا فتحي ، التشريع العقاري ، مبادئ أولية في الحقوق وقانون العمل والتشريع العقاري ، حلب ، مديرية الكتب والمطبوعات ، سنة 1979-1980.

24 - د/ مصطفى كامل منيب ، المبادئ القانونية في مواد عقـد العمـل ، دار الفكـر العربي ، القاهرة ، الطبعة الأولى ، سنة 1953.

25 - د/ مرقس سليمان ، شرح القانون المدني في الالتزامات ، المطبعـة العالميـة ، القاهرة ، سنة 1994.

26 - د/ مرقس سليمان، شرح القانون المدني، العقود المسماة، مطبعة النهضة الجديدة ، القاهرة ، سنة 1968.

27 - د/ مرقس سليمان ، المسؤولية المنية في تقنيات البلاد العربية ، جامعـة الـدول العربية ، معهد البحوث والدراسات العربية ، القسم الأول ، الأحكام العامـة (أركـان المسؤولية ، الضرر ، الخطأ ، السببية)، القاهرة، سنة 1971.

ب ـ المؤلفات الخاصة :

1- د/ أبو النجا إبراهيم ، التأمين المتعدد الأخطار المهنية (التأمين في الجزائر)، الجزء 1 ، الطبعة 2 ديوان المطبوعات الجامعية ، سنة 1992 .

2- د/ السنهوري عبد الرزاق ، الوسيط في شرح القـانون المـدني (العقـود الـواردة على العمل) ، الجزء السابع في عقد المقاولة ، دار النهضة العربية ، بيـروت، سـنة 1964 .

3- د/ المهندس / الشكرجي محمد ، الهندسة والمهندس ، منشورات عويدات .

4 - د/ الشواربي عبد الحميد ، شرح قانون المباني طبقـا لآخـر تعـديلات ، منشـأة المعارف الاسكندرية ، سنة 1977 .

5 - د/ العطار توفيق عبد الناصر ، تشريعات تنظـيم المبـاني ومسـؤولية المهنـدس والمقاول ، مطبعة السعادة ، طبعة ، سنة 1972 .

6- د/ المنجي محمد ، جرائم المباني (موسوعات الاسكان العملية)، توزيـع منشـأة المعارف بالإسكندرية للكتب القانونية ، الطبعة الثانية، سنة 1995 .

7- د/ تناغو ، التأمينات الشخصية والعينية ، منشأة المعارف ، الاسكندرية .

8 - د/ ثروت أنيس الأسيوطي ، مسؤولية المهندس المعماري .

9- د/ حامد الشريف عبد الحليم ، المشكلات العلمية في جريمة البناء بدون تـرخيص دار المطبوعات الجامعية ، سنة 1994.

10- د/ حامد الشريف عبد الحليم ، شرح أحكام المباني في التشريع المصري ، مطبعة الحلبي للألوان ، القاهرة ، طبعة سنة 1994.
11- د/ حامد الشريف عبد الحليم ، جنايات المباني ، دار المطبوعات الجامعية ، سـنة 1995.
12- د/ خاف ا حسن اللبان ، البينة و التخطيط العمراني ، سنة 1999 .
13- د/ شمس الدين أشرف، شرح قانون توجيه وتنظيم أعمال البناء .
14- د/ عبد السيد الجلوحي مصطفى، عقد المقاولة من الباطن ، دار النهضة العربيـة الطبعة الأولى ، سنة 1988.
15- د/ عبد الطاهر حسين محمد ، التأمين الاجباري مـن المسـؤولية المدنيـة ، دار النهضة العربية ، سنة 1994 .
16- د/ عبد الودود يحي ، مسؤولية المهندس والمقاولين والتأمين عنها ، مجلة مصـر المعاصرة ، سنة 1979 .
17- د/ فتيحة قرة ، أحكام عقد المقاولة ، منشأة المعارف للكتب القانونية الإسـكندرية، سنة 1992 .
18- د/ فتيحة قرة ، أحكام عقد المقاولة، منشأة المعارف للكتب القانونية الإسكندرية، سنة 1987 .
19- د/ كشرود بشير ، تشخيص مؤسسات الإنجاز في قطاع البناء .
20 - د/ محمد شكري سرور ، مسؤولية مهندسي ومقاولي البنـاء والمنشـآت الثابتـة الأخرى ، دار الفكر العربي الحديث ، طبعة ، سنة 1985 .
21- د/ محمد لبيب شنب ، شرح أحكام عقد المقاولة ، دار النهضة العربية القـاهرة ، سنة 1962 .
22- د/ معوض عبد التواب ، مرجع في التعليق على نصوص القانون المدني ، الجزء الثالث ، الطبعة الرابعة ، مزيدة ومنقحة ، سنة 1998.
23- د/ معوض عبد التواب ، الوسيط في قوانين البناء ، منشأة المعارف الإسـكندرية، الطبعة الثالثة ، سنة 1988.
24 - د/ معوض عبد التواب ، جرائم القتل والإصابة الخطأ ، عالم الكتـب ، الطبعـة الثانية منقحة ومزيدة ، سنة 1984.

25 - د/ معوض عبد التواب ، التشريعات الجنائية الخاصـة بحمايـة البيئـة والأمـن الصناعي ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، طبعة سنة 1989.
26 - د/ محمد عبد الرحيم عنبر، عقد المقاولة ، دارسة مقارنة بين تشـريعات الـدول العربية ، دار النشر للجامعات المصرية ، الطبعة الأولى ، سنة 1977 .
27 - د/ منصور محمد حسين ، المسؤولية المعمارية في حوادث وانهيار المباني أثناء وبعد التشييد و التأمين الإجباري منها (المهندسون والمقاولون – العمـال والفنيـون – موردوا وصانعوا مواد البناء – الملاك والسكان)، منشأة المعارف للكتب القانونيـة ، الإسكندرية، طبعة سنة 1984.
28 - د/ منصور محمد حسين ، المسؤولية المعمارية (أنواع المسؤولية – جرائم البناء – تعيب المباني – التصدع والإنهيار – الحوادث أثناء وبعـد التشـييد – المهندسـون والمقاولون – العمال والفنيون – موردوا وصانعوا مواد البناء – المـلاك والسـكان – قوانين وقرارات البناء – الأوامر العسكرية) ، دار الجامعة الجديـدة للنشـر ،الطبعـة الجديدة سنة 1999 .
29 - د/ محمد ناجي ياقوت ، مسؤولية المعماريين ، منشأة المعارف للكتـب القانونيـة الإسكندرية ، طبعة سنة 1984.
30- د/ هدى حامد قشقوش ، المسؤولية الجنائية للمهندس والمقاول عن عـدم مراعـاة الأصول الفنية في البناء ، دار النهضة العربية ، سنة 1994 .
31 - د/ ياسين عبد الرزاق حسين ، المسؤولية الخاصة بالمهندس المعماري ومقاول البناء(شروطها – نطاق تطبيقها – الضمانات المستحدثة فيها – د راسة مقارنـة فـي القانون المصري) ، الطبعة الأولى، سنة 1987 .

أ ـ الرسائل والمقالات :

*** الرسائل :**

1 - / أعراب بلقاسم ، شروط الاعفاء من المسؤولية المدنية ، رسالة ماجستير حقوق الجزائر، سنة 1983 .
2 - د/ جبار محمد ، قانون العقد والمسؤولية العقدية في القانون الجزائري والمقـارن رسالة دكتوراه دولة في القانون الخاص، الجزائر، سنة 1988 .
3 - د/ زروتي الطيب ، دفع المسؤولية العقدية بالقوة القاهرة ، دراسـة مقارنـة بـين القانون الجزائري والمصري والفرنسي ، رسالة ماجستير ، حقوق ، سنة 1978 .

4 - د/قواف ا فؤاد ، آثار المسؤولية التقصيرية في القانون المدني الجزائري ، رسالة ماجستير حقوق ، سنة 1976 .

5 - د/ كردالي صالح ، الإبراء من الالتزام في القانون المدني الجزائـري ، رسـالة ماجستير حقوق ، سنة 1991 .

6 د/ معاشو عمار ، عقود المفتاح في اليد في مجـال التصـنيع بـالجزائر ، رسـالة ماجستير حقوق ، سنة 1987 .

*** المقالات :**

1- الدكتور الزاهي عمار ، المسؤولية العشرية ، المجلة الجزائرية للعلـوم القانونيـة الاقتصادية والسياسية ، الجزء 27 ، رقم 03 ، سنة 1987 .

2- المهندس إبراهيم يوسف ، المسؤولية العشرية ، المجلة الجزائرية للعلـوم القانونيـة الاقتصادية والسياسية ، الجزء 33 ، رقم 03 ، سنة 1995 .

د ـ القواميس :

1- المعجم القانوني (فرنسي عربي) الجزائر ، وزارة العدل ، سنة 1972 .

2- د / ابتسام القرام ، المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري ، قاموس بـاللغتين العربية والفرنسية ، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية ، وحـدة الرغايـة ، الجزائـر .1992

2- النTوص القانونية :

*** القوانين :**

1- القانون المدني الجزائري ، الأمر رقم 75-58 المـؤرخ فـي 26-09-1975 ديـوان المطبوعات الجامعية .

2- قانون رقم 80-07 المؤرخ في 9-08-1980 المتضمن قانون التـأمين ، الجريـدة الرسمية رقم 33 ، بتاريخ 12-08-1980 المعدل بقانون 83-19 المتضمن قانون المالية لسنة 83 والمعدل بقانون 90-36 المتضمن قانون المالية لسنة 1990 والملغى بـالأمر 95 -07 المتضمن قانون التأمينات الجديد ، الجريدة الرسـمية عـدد 13 سـنة 1995 والمعدل بقانون 06-04 المؤرخ في 2006/02/20 المتعلق بالتأمينات .

3- قانون التوجيه العقاري المؤرخ في 18-11-1990 .

4- قانون يتعلق بالتهيئة العمرانية والتعمير المؤرخ في 01-12-1990 .

5- قانون رقم 04-06 يتضمن إلغاء بعض أحكام المرسـوم التشـريعي رقـم 94-07 المؤرخ في 18-05-1994 المتعلق بشروط الإنتاج المعماري وممارسة مهنة المهنـدس المعماري .

*** المراسيم :**

1 مرسوم رقم 68-359 يتضمن القانون الأساسي الخاص لمهندسي الدولة المعمـاريين جريدة الرسمية العدد ، 44 المؤرخ في 31-05-1968.

2 مرسوم 74-187 لسنة 1974 جريدة رسمية رقم 78 المتضمن تعديل المرسوم رقـم 68-359 المؤرخ في 3 ربيع الأول عام 1388 الموافق 30 مايو سنة 1968 والمتضمن القانون الأساسي الخاص لمهندسي الدولة المعناريين.

3 مرسوم رقم 81-268 يتضمن احداث سلك لمهندسي الدولـة بالاسـكان والتعميـر ، الجريدة الرسمية ، العدد 41 ، 13-10-1981 .

4 مرسوم رقم 81-269 يتضمن احداث سلك لمهندسي التطبيق بالاسـكان والتعميـر ، الجريدة الرسمية ، العدد 41 ، المؤرخ في 13-10-1981

5 مرسوم رقم 81-268 يتضمن احداث سلك لمهندسي الدولـة بالاسـكان والتعميـر ، الجريدة الرسمية ، العدد 41 ، 13-10-1981 .**1** مرسوم تشـريعي يتعلـق بالنشـاط العقاري المؤرخ في 01-03-1993.

6 المرسوم رقم 85-211 المؤرخ في 13-08-1985 المتعلق بكيفيات تسليم رخصة البناء ورخصة تجزئة الأراضي للبناء .

7 مرسوم تشريعي يتعلق بالنشاط العقاري المؤرخ في 01-03-1993.

8 – مرسوم تشريعي 94-07 المؤرخ فـي 18-05-1994 يتعلـق بشـروط الإنتـاج المعماري وممارسة مهنة المهندس المعماري .

*** الأوامـــر :**

1- الأمر رقم 66-15 المؤرخ في 13-01-1966 يتعلق بمهنة المهندس المعماري .

2- الأمر رقم 68-05 المؤرخ في 11-01-1968 يتضمن احداث الخدمة المدنيـة لمهنـة المهندس المعماري .

3- الأمر 95-07 المؤرخ في 1995/01/23 المتعلق بالتأمينات و الذي ألغى بقانون 06-04 المتعلق بالتأمينات ، جريدة رسمية عدد 15 سنة 2006 المعدل بقانون المالية لسـنة 2007 (قانون رقم 06-24 جريدة رسمية عدد 85) .

4 - الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26-09-1973 المعدل والمتمم .

*** القرارات الوزارية :**

1- قرار وزاري مشترك مؤرخ في 11-07-1981 يتضمن تنظيم مسابقة على أسـاس الشهادات لتوظيف مهندسي الدولة في الأشغال العموميـة والبنـاء بـ وزارة الإسـكان والتعمير .

2- قرار وزاري مشترك مؤرخ في 11-07-1981 يتضمن تنظيم مسابقة على أسـاس الشهادات لتوظيف مهندسين للتطبيق في الأشغال العمومية والبناء بـ وزارة الإسـكان والتعمير.

3- قرار وزاري مشترك مؤرخ في 15-07-1982 يحدد كيفيات تنظيم مسابقة لتوظيف مهندسي الدولة بالمعهد الوطني للتكوين في البناء .

4- قرار وزاري مشترك مؤرخ في15-07-1982 يحدد كيفيـات توظيـف التقنيـين الساميين في الإسكان والتعمير بالمعهد الوطني للتكوين في البناء الجريـدة الرسـمية العدد 55 .

5- قرار وزاري مشترك مؤرخ في 15-05-1988 يتضمن كيفيـات ممارسـة تنفيـذ الأشغال في ميدان البناء وأجر ذلك ، الجريدة الرسمية ، عدد 43 الصادرة فـي 1988-10-26 .

6- قرار وزاري مؤرخ في 05-05-1992 يتعلق بالأشخاص المؤهلين لإعداد مشـاريع البناء الخاضعة لرخصة البناء ،الجريدة الرسمية ،عدد 59 الصادرة في 02-08-1992.

7- التعليمة الوزارية المشتركة ، المؤرخة في 13-08- 1985المتعلقة بمعالجة البنـاء غير المشروع .

8- قرار مؤرخ في 14-10-1964 يتعلق بالعقود التي يمضيها المهندسون المعماريون المكلفون بالأبنية المدرسية .

9- قرار مؤرخ في 14-10-1961 يتضمن تتميم العقد النموذجي الخـاص بالمهندسـين والمعماريين الذين يساهمون في تشييد المباني المخصصة لها هبات أو إعانات مقدمـة بواسطة اعتمادات من الدولة والملحق بالقرار المؤرخ في 06-12-1958 .

:These et Ouvrage Generaux et spesciaux -

A- Ouvrage Generaux:

1-Chabas (François) . Responsabilité civile et penale 1975.
2-Lalou (Henri) . Traité pratique de la responsabilité civile . 1955.
3-Martine Ednoud Noel . L'option entre la responsabilité délictuelle et la responsabilité contractuelle .
4-Mazeaud (Henri,LetJ) ,Traité Théorique et pratique de la responsabilité délictuelle et contractuelle . T 2.6ed .1970.
5-Mazeaud (Henri) , Traité Théorique et pratique de la responsabilité civil délictuelle et contractuelle .T 1.6ed 1965.
6- Rassat Michel laure , la responsabilité civile . 1973.
7- Rodiere (René) Dir. la responsabilité délictuelle dans la jurisprudence .
8- Terki (Nouedine) , Droit civil , la responsabilité civile .
09- Torneau (philippe) , la responsabilité civile ,1972 .
10- Tunc (André) , la responsabilité civile contractuelle et délictuelle , R.T 1968 N 9.
11- Vialard Nntoine , la responsabilité civile délictuelle en droit civil Algerien.

B- Ouvrages spécialisés :

1- Boubli (B) , la responsabilité des Architectes , des entrepreneurs et autres locateurs d'ouverages , paris 1971.
2- Gaston (Albert) , la responsabilité des constructeurs , 2Ed , 1979.
3- Mazeaud (Henri) , la responsabilité du fait des batiments , Architectes et entrepreneurs , vices cachés des Menus ouverages , R.T 1958 .
4-Peter (P) , la responsabilité décennale des Architectes et des entrepreneurs , Ed , paris 1969.
5- Bavon , la responsabilité des constructeurs Traité pratique et juridique , paris 1897.
6- planiol et ripert; traité pratique de droit civil français 3ed ; 1952; p76.

C- Théses :

1- Bellahcene Anissa , la responsabilité civile des Architectes et des entrepreneurs (Mémoire de Magister)
2- Ben Slitane Ali , Le vice de la chose dans le droit de la responsabilité , 1974.
3- Chabas François , L'influence de la pluralité des causes sur le droit a réparation , Thèse paris 1967.
4- Fraissainge (Louis) , de la responsabilité des Architectes et des entrepreneurs d'aprer l'article 1792 et 2270 .c.civil , Thèse, Ed , paris 1969.
5- Hamdan Leila , la faute dans le droit de la responsabilité privée et publique en Algerie (Mémoire de Magister) .

6- Le Blond (Jules) , de la responsabilité des Architectes et des entrepreneurs , Thèse lille . 1893.
7- Saint –Mourice (B),de la responsabilité des Architectes et des entrepreneurs après les traveaux , Thèse Grenoble. 1940.
8- Soinne (Bernard) , de la responsabilité des Architectes et des entrepreneurs après réception des traveaux , deux Thèse Lille 1968 . Ed paris 1969.

D- Articles et Revues :
*** Les Semaine Juridique :**

1- Nature de la responsabilité du sous-Traitant a l'égard du Maitre de L'ouvrage , 21125 et 4.210.45 (Jurisprudence) 1988 .
2- Domaines Respectifs de la responsabilité contractuelle de droit commun et de la responsabilité décenale légale en matière de responsabilité de l'entrepreneur , a l'égard du maitre de L'ouvrage 11.21.222.1989.
3- Le caractère d'ordre public de la responsabilité decenale des divergence entre les Architects et Entrepreneurs . 11.16992. 1972.
4- le devoir de conseil l'architecte en matière juridique . doctrine 1.2493 1972.
5- de la responsabilité Maitre de L'ouvrage 11.17133. 1972.

*** Receuil Dalloz :**

1- les Rapports entre la Responsabilité contractuelle et la Responsabilité décenale et la Responsabilité extracontractuelle . p 57 . 1971.
2- la Responsabilité décenale des constructeurs en droit public . paris 1993.
3- la Responsabilité des constructeurs d'aprés la loi du 4.01.1978.

الفهرس